Heft 18 [1097] 66. Jahrgang 1. Mai 1937

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

# Vierjahresplan und Arbeitsrecht

Von Ministerialdirektor Dr. Mansfeld, Berlin

A. Die großen wirtschaftlichen Probleme, die in den nächsten Jahren ihrer Lösung harren, bedingen neben allen technischen und sonstigen Überlegungen auch eine sinnvolle Lenkung der deutschen Arbeitskraft. „Denn", so sagte der Führer bei der Verkündung des Vierjahresplanes, „ohne eine Planung im Arbeitseinsatz ist auch der Aufbau der neuen deutschen Rohstoffwirtschaft nicht möglich. Was nützt die beste Wissenschaft, was nützen die besten technischen Verfahren und die vorhandenen Bodenschätze, wenn es an den notwendigen Arbeitern fehlt." Diese sinnvolle Lenkung der Arbeitskraft und ihr planmäßiger Einsatz, die Aufgaben der von dem Beauftragten für den Vierjahresplan Ministerpräsident Göring eingesetzten Geschäftsgruppe Arbeitseinsatz, haben nun bereits eine Reihe von Maßnahmen erforderlich gemacht, die ihren Niederschlag in mehreren Anordnungen und Verlautbarungen des Ministerpräsidenten gefunden haben. Sie befassen sich u. a. mit dem Facharbeiternachwuchs, dem Einsatz älterer Angestellter, der Lohnpolitik, dem Arbeitsschutz, der Sicherstellung des Bedarfs an Metallarbeitern, dem Wohnungsbau, der Feiertagsbezahlung, kurz mit allen Erscheinungsformen des sozialen Lebens. Daß sie auch dessen Gestalter, das Arbeitsrecht, den neuen Erfordernissen angepaßt haben, ist selbstverständlich. Die Lösung neuer Probleme bringt nun einmal in der Regel neue rechtliche Ordnungen mit sich. Und so finden wir denn auch in dem langsam werdenden Recht des Vierjahresplanes manche arbeitsrechtliche Neuerungen, deren Behandlung sich schon jetzt verlohnt. Einige von ihnen sind zeitbedingt, denn sie schaffen nur die rechtlichen Grundlagen für die Überwindung gewisser Engpässe der allernächsten Zeit, die durchschritten werden müssen, soll das Ziel erreicht werden. Hat z. B. der an die Unternehmerschaft gerichtete Appell, die Lehrlingsausbildung zu fördern, den gewünschten Erfolg, so werden die zur Sicherung des Bedarfs an Metallarbeitern für staatspolitisch wichtige Aufträge erlassenen Vorschriften demnächst überflüssig werden. Andere Neuerungen wieder werden zum bleibenden Bestandteil unseres Arbeitsrechts gehören. Gerade zum 1. Mai, dem Tage der deutschen Arbeit, ist ihre Betrachtung daher angebracht. Alle Maßnahmen aber finden ihre Begründung nicht in rechtlichen, sondern in sozialpolitischen Erwägungen. Sie dienen ausnahmslos dem Arbeitseinsatz, der ja die gesamte Sozialpolitik umfaßt. Die Darstellung einiger wesentlicher Neuerungen des Arbeitsrechts kann deshalb nicht nur auf rechtliche Erörterungen beschränkt bleiben, zumal ja bekanntlich die Grenzen zwischen Arbeitsrecht und Sozialpolitik flüssig sind.

B. Immer sind es Einwirkungen auf das Vertragsrecht, die sich aus den bereits erlassenen Maßnahmen ergeben. Das liegt in der Natur der gestellten Aufgaben einer sinnvollen Lenkung der Arbeitskraft. Wir dürfen nicht übersehen, daß der Arbeitseinsatz heute ja vor ganz anderen Problemen steht als noch vor ganz kurzer Zeit. Handelte es sich von 1933 bis zum Herbst 1936 darum, die vielen Millionen Arbeitsloser irgendwie in Beschäftigung zu bringen und so ihre Arbeitskraft, das wertvollste Aktivum unserer Volkswirtschaft, dem Wiederaufbau nutzbar zu machen, ihnen also irgendeinen Arbeitsplatz zu geben, so ist es jetzt die Aufgabe der Arbeitseinsatzpolitik, die inzwischen zahlenmäßig den Anforderungen gegenüber unzulänglich gewordenen Arbeitskräfte richtig zu verteilen und sie nach den fachlichen Bedürfnissen der Volkswirtschaft planmäßig einzusetzen. Es gilt also nicht mehr, Arbeitsmöglichkeiten ausfindig zu machen. Sie sind in manchen Gewerbezweigen mehr als genug vorhanden. Nein, die Aufgabe ist vielmehr jetzt, die Arbeitskräfte dorthin zu lenken, wo die vorhandenen Arbeitsmöglichkeiten aus staatspolitischen Gründen bevorzugt ausgeschöpft werden müssen. Vielfach ist deshalb heute dem Arbeiter nicht irgendein Arbeitsplatz, sondern der richtige, d. h. sein Arbeitsplatz zu schaffen und zu sichern. Eine solche Aufgabe kann ohne Eingriffe in die Vertragsfreiheit nicht gelöst werden. So sehen wir denn Einschränkungen der Vertragsfreiheit einmal in der Begründung eines Abschlußzwanges (I) und sodann umgekehrt in der Aufstellung gewisser Abschlußverbote (II). Wir sehen weiter Maßnahmen zur Sicherung bestehender Arbeitsverträge durch Zwang zur Vertragstreue (III) und erkennen gewisse Umgestaltungen der Kündigungsbestimmungen (IV). Und wenn wir schließlich in weiterer Grenzziehung auch mehr mittelbare Auswirkungen des Vierjahresplanes auf das Arbeitsvertragsrecht untersuchen, so werden wir feststellen können, daß im Hinblick auf die neuen Aufgaben bereits jetzt einige tarifliche Regelungen der Treuhänder der Arbeit erlassen sind, aus denen unschwer zur Zeit notwendige Umstellungen erkennbar sind (V).

## I. Abschlußzwang

1. Zu den wichtigsten Aufgaben des Arbeitseinsatzes im Vierjahresplan gehört die Sicherstellung des Facharbeiternachwuchses, insbesondere in den beiden großen Schlüsselgewerben, der Metallwirtschaft und dem Baugewerbe. Der sich hier immer deutlicher zeigende Mangel an ordnungsmäßig ausgebildeten Fachkräften ist die natürliche Folge der verringerten Lehrlingseinstellung vor der Machtübernahme, auf deren tiefere Ursachen hier nicht eingegangen werden soll. Auch der Geburtenrückgang während der Kriegsjahre wirkt sich in ihm aus. Jedenfalls sind gerade in den beiden genannten Gewerbezweigen empfindliche Lücken in die Ausbildung von Facharbeitern gerissen, die sich auch deshalb störend bemerkbar machen, weil die Wehrmacht angesichts ihrer starken Technisierung auf das Verbleiben der zum aktiven Wehrdienst einberufenen Fachkräfte immer größeren Wert legen muß, auch viele junge Facharbeiter die Verwertung ihrer Fachkenntnisse im Ehrenkleid des Soldaten lebhaft begrüßen. Auch wenn man nicht, was zweifellos verfehlt wäre, den Umfang der Lehrlingsausbildung nach den Bedürfnissen einer anormalen Hochkonjunktur bestimmen will — der Facharbeiter soll seinen Beruf ja während seines ganzen Berufslebens ausüben und darf nicht von vornherein Gefahr laufen, bei normaler Beschäftigung wieder arbeitslos zu werden —, bleiben doch große Lücken zu schließen.

Diese große Bedeutung der Facharbeiterausbildung für die gesamte Wirtschaft und auch für die Wehrmacht muß es allen in Betracht kommenden Betrieben zur Pflicht machen, sich an der notwendigen Ausbildung zu beteiligen. Es geht

nicht an, daß sich einzelne Betriebe dieser Verpflichtung entziehen und die von ihnen benötigten Facharbeiter nach Abschluß ihrer in anderen Betrieben verbrachten Lehrzeit durch Angebot höherer Löhne an sich ziehen, also ernten, was andere unter Aufwand von Mühe und Kosten gesät haben. Ein großer Teil der Unternehmer zeigt für diese Aufgaben größtes Verständnis. Leider aber gibt es auch andere Betriebe, die ihre Pflichten nur mangelhaft erfüllen. Infolgedessen sah sich der Ministerpräsident veranlaßt, durch seine Erste Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes v. 7. Nov. 1936 („Deutscher Reichsanzeiger" Nr. 262)[1]) die Verpflichtung zur Lehrlingsausbildung in angemessenem Umfang für alle Betriebe der zur Zeit am meisten gefährdeten Gewerbezweige, Metallwirtschaft und Baugewerbe, ausdrücklich festzulegen.

Die Verpflichtung zur Beschäftigung einer Zahl von Lehrlingen — nicht Volontären —, die in angemessenem Verhältnis zu der Zahl der beschäftigten Facharbeiter steht, ist für alle öffentlichen und privaten Betriebe — nicht Verwaltungen — der Eisen- und Metallwirtschaft sowie des Baugewerbes mit zehn und mehr Beschäftigten ausgesprochen. Maßgebend ist dabei, wie sich aus dem der Anordnung beigegebenen Formblatt ergibt, nicht die Zahl der „in der Regel" Beschäftigten, sondern in der Eisen- und Metallwirtschaft die Zahl der am 4. Jan. 1937, im Baugewerbe der Durchschnitt der in den Monaten Juli bis Sept. 1936 beschäftigten Arbeiter. Die angemessene Zahl der zu beschäftigenden und naturgemäß sachkundig und richtig auszubildenden Lehrlinge bestimmt auf Grund des Ergebnisses jetzt abgeschlossener Erhebungen der Präsident der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung oder eine von ihm beauftragte Dienststelle. Dabei bleiben die Vorschriften über die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen und über die Festsetzung von Lehrlingshöchstzahlen unberührt. Unternehmer, deren persönliche oder betriebliche Verhältnisse eine angemessene Einstellung von Lehrlingen nicht zulassen, müssen eine entsprechende Ablösungssumme zur Förderung der allgemeinen Lehrlingsausbildung an die Reichsanstalt entrichten, deren Höhe sich nach den Aufwendungen richtet, die andernfalls von ihnen für die Ausbildung einer den Verhältnissen ihrer Betriebe entsprechenden Zahl von Lehrlingen zu machen wären. Sie wird von dem Präsidenten der Reichsanstalt oder der von ihm bestimmten Dienststelle festgesetzt und notfalls im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben. Die Unmöglichkeit zur Beschäftigung einer angemessenen Zahl von Lehrlingen kann auf verschiedenen Gründen beruhen, insbesondere auf dem Mangel an geeigneten Ausbildern, auf mangelhaften Einrichtungen, auf einer für die Lehrlingsausbildung wegen der einseitigen Herstellungsweise ungeeigneten Produktion oder auch auf dem Saisoncharakter des Betriebes. Eine sinngemäße Auslegung der Anordnung wird schließlich zu dem Ergebnis führen müssen, daß sie auf solche Personen überhaupt nicht anzuwenden ist, denen aus irgendwelchen Gründen, sei es durch den Spruch eines Ehrengerichts, sei es durch Verwaltungsbescheid, die Befugnis zur Lehrlingsausbildung entzogen ist (a. A. Syrup: „Der Arbeitseinsatz im Vierjahresplan" S. 33 Ziff. 4). Wem der Staat die Berechtigung entzogen hat, Lehrlinge auszubilden, dem kann er weder die Aufgabe stellen, diese Ausbildung dennoch vorzunehmen, noch die entsprechende Ersatzverpflichtung auferlegen.

Soweit der Inhalt der Anordnung. Arbeitsrechtlich interessant ist die Frage, wie der Präsident der Reichsanstalt als Willensvollstrecker des Ministerpräsidenten den erlassenen Bestimmungen Geltung verschafft, und welche Maßnahmen er gegen Unternehmer ergreifen kann, die trotz dieser Vorschriften ihren Verpflichtungen nicht nachkommen. Es hätte nahe gelegen, für diese Fälle einen unmittelbaren Einstellungszwang etwa analog dem im Schwerbeschädigtengesetz geregelten Verfahren vorzusehen, zumal die Arbeitsämter ja jederzeit auf Grund ihrer berufsberatenden Tätigkeit in der Lage sind, geeignete Bewerber für eine Zwangseinweisung in die Lehrstellen zu bestimmen und den Zwangslehrvertrag im einzelnen zu gestalten. Jedoch ist von einer solchen Regelung Abstand genommen. Es ist das allen bisher ergangenen Anordnungen eigentümliche Merkmal, daß sich der Beauftragte für den Vierjahresplan mit ihnen an das gesunde wirtschaftliche und soziale Empfinden der betroffenen Unternehmer wendet, sie auffordert, ihm bei der Durchführung seiner großen Aufgaben nach besten Kräften zu helfen, und nur gewissermaßen für den Ernstfall seine Entschlossenheit erkennen läßt, seinen Willen durchzusetzen. Diese vielleicht noch neuartige Gesetzgebungsmethode in der Form eines Appells an das Pflichtgefühl kommt schon in der Veröffentlichung der Anordnungen im „Reichsanzeiger" und nicht im „Reichsgesetzblatt" sowie darin zum Ausdruck, daß keine der erlassenen Anordnungen Strafdrohungen enthält, diese vielmehr lediglich in der Zweiten Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes vom 5. Nov. 1936 (RGBl. I, 936) Aufnahme gefunden haben. Immerhin ist aber durch diese Strafdrohungen für den Fall einer Nichtbeachtung der festgesetzten angemessenen Mindestzahl von Lehrlingen ein sehr starker mittelbarer Zwang geschaffen worden und so die an sich im Grundsatz aufrechterhaltene Vertragsfreiheit beim Abschluß von Lehrverträgen in den Dienst eines geregelten Arbeitseinsatzes gestellt. Der Unternehmer der Eisen- und Metallwirtschaft oder des Baugewerbes wird aufgefordert, Lehrverträge in angemessenem Umfange zu tätigen. Erfüllt er diese Pflicht aber nicht freiwillig, so wird er durch Strafdrohungen und Strafverhängungen gezwungen, den ergangenen Festsetzungen nachzukommen.

2. Die Durchführung des Vierjahresplans kann nur gelingen, wenn keine Arbeitskraft im deutschen Volke ungenutzt bleibt. Gerade jetzt ist also die Zeit gekommen, in der auch denjenigen Volksgenossen wieder Glück und Schaffensfreude gegeben werden kann, die ein hartes Geschick frühzeitig aus ihrer Arbeitsstelle gerissen hat, und die trotz aller Anstrengungen keinen neuen Arbeitsplatz finden konnten: den sog. älteren Angestellten. Ihr schweres Los ist hinreichend bekannt. Nach allen vergeblichen Bemühungen in der Vergangenheit und nach allen fruchtlosen Erörterungen über ihre Unterbringung hat sich nunmehr der Ministerpräsident nicht nur aus sozialen Erwägungen, sondern auch um ihre Erfahrungen und Kenntnisse für die ihm gestellten Aufgaben nutzbar zu machen, dieser Angestellten angenommen und mit der Fünften Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans v. 7. Nov. 1936 die rechtlichen Grundlagen für ihre Eingliederung in das Arbeitsleben geschaffen[2]). Er hat sich dabei für einen Einstellungszwang entschieden, dessen anpassungsfähige Handhabung aber die Gefahren vermeidet, die mit einem solchen Zwang vielfach verbunden sind. Von der Festsetzung einer bestimmten Pflichtzahl älterer Angestellter für jeden Betrieb ist Abstand genommen. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Wirtschaft hätte eine solche Zahl niedrig liegen müssen. Sie hätte damit aber Betrieben, die mehr ältere Angestellte beschäftigen als dieser Pflichtzahl entspricht, u. U. den Anreiz gegeben, freiwerdende Arbeitsstellen künftig mit jüngeren Angestellten zu besetzen. Die Anordnung schafft vielmehr die Möglichkeit, ältere Angestellte in dem einzelnen Betrieb unter voller Würdigung seiner Eigenart einzuschalten. Sie erstreckt sich allerdings nur auf solche Angestellte, die eine ordnungsmäßige Vorbildung aufweisen, und befaßt sich nicht mit denen, die z. B. einen anderen Beruf aufgegeben haben und Angestellte ohne besondere technische oder kaufmännische Vorbildung geworden sind. Der Andrang solcher Personen zu den Angestelltenberufen ist unerwünscht. Die Angestelltenplätze können nur mit Menschen besetzt werden, die diese Plätze auch voll ausfüllen können. Auch diese Anordnung ergreift private und öffentliche Betriebe sowie Verwaltungen mit zehn oder mehr Angestellten und fordert von ihnen, daß sie Angestellte im Alter von vierzig und mehr Jahren in angemessenem Umfange

[1]) Nach der Drucklegung sind zu dieser Anordnung vom Präsidenten der Reichsanstalt noch besondere Anweisungen an die Landesarbeitsämter und Arbeitsämter veröffentlicht worden (vgl. Völk. Beobachter v. 20. April S. 13), auf die hier nur hingewiesen werden kann.

[2]) Auch hierzu sind nach der Drucklegung noch besondere Weisungen über den Vollzug dieser Anordnung vom Präsidenten der Reichsanstalt veröffentlicht worden (vgl. Völk. Beobachter v. 20. April S. 13).

beschäftigen. Auf Grund der inzwischen abgeschlossenen Erhebungen, die leider trotz der verhältnismäßig geringen Zahl arbeitsloser älterer Angestellter ein wenig günstiges Bild ergeben haben, bestimmt nun wieder der Präsident der Reichsanstalt oder die von ihm beauftragte Dienststelle, „in welchem Umfange in einem Betrieb oder einer Verwaltung ältere Angestellte zu beschäftigen sind. Dabei ist auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Betriebes oder der Verwaltung Rücksicht zu nehmen".

Auch hier hätte es nahegelegen, dem Präsidenten der Reichsanstalt die gleiche Befugnis einzuräumen, wie sie den Hauptfürsorgestellen durch das Schwerbeschädigtengesetz verliehen ist, d. h. Zwangszuweisungen vorzunehmen, durch die der Abschluß eines Arbeitsvertrages ersetzt oder fingiert wird. Aus den gleichen Gründen wie bei den Lehrlingen ist aber auch hier von einer solchen Maßnahme abgesehen. Wieder ist ein Appell an die Unternehmer gerichtet, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Verhalten sie sich trotz einer Bestimmung des Präsidenten der Reichsanstalt, der jederzeit zur Zuweisung geeigneter Bewerber in der Lage ist, weigerlich, so setzen sie sich Zwangsmaßnahmen durch Strafdrohungen und Straffestsetzungen aus, die sicherlich nicht weniger wirksam sind als Zwangszuweisungen, aber doch rechtlich den Charakter des wenn auch unter dem Druck dieser Sühnemaßnahmen geschlossenen Arbeitsvertrages als eines freiwilligen Übereinkommens unberührt lassen.

So sehen wir denn bei diesen beiden Maßnahmen zur Sicherstellung des Facharbeiternachwuchses und zur Unterbringung der älteren Angestellten Erschwerungen der Vertragsfreiheit, wenn auch in der mildesten Form. Der hier wenigstens mittelbar vorgesehene Abschlußzwang für Arbeitsverträge vermeidet die mit einem unmittelbaren Einstellungszwang etwa durch Zwangseinweisung verbundenen Gefahren aus praktischen und sozialen Gründen. Die rechtliche Aufrechterhaltung der Vertragsfreiheit, d. h. das Bewußtsein der Beteiligten, auf Grund freier Übereinkunft sich zur gemeinsamen Arbeit verbunden zu haben, dient der Pflege der Betriebsgemeinschaft, die durch eine erzwungene Zusammenführung der aufeinander angewiesenen Menschen leicht erschüttert werden kann. Der mittelbare Zwang aber war erforderlich, um die Durchführung der beiden großen Aufgaben sicherzustellen, von deren Erfüllung der Vierjahresplan in größtem Maße abhängig ist. Er war erforderlich, weil diejenige soziale Gesinnung, an die der Ministerpräsident mit seinen Anordnungen appelliert, leider noch nicht Gemeingut aller beteiligten Unternehmer geworden ist.

### II. Abschlußverbote

Durch die beiden eben behandelten Anordnungen sollen die Unternehmer veranlaßt und notfalls gezwungen werden, Lehrlinge und ältere Angestellte einzustellen. Die entgegengesetzten Tendenzen liegen der Zweiten Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans über die Sicherstellung des Bedarfs an Facharbeitern für staats- und wirtschaftspolitisch bedeutsame Aufträge der Eisen- und Metallwirtschaft vom 7. Nov. 1936 zugrunde. Hier soll die Mehreinstellung verhindert werden, soweit sie nicht aus dem Kreise der arbeitslosen Metallarbeiter gedeckt werden kann. In der Eisen- und Metallwirtschaft ist der Mangel an Facharbeitern, ja darüber hinaus in manchen Bezirken sogar an Arbeitskräften überhaupt, besonders groß. In ihr können die durch den ungenügenden Nachwuchs hervorgerufenen Lücken nicht mehr geschlossen werden, da nennenswerte Reserven an einsatzfähigen Facharbeitern nicht mehr vorhanden sind. Hier tut also eine sinnvolle Lenkung der zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte besonders not, sollen nicht die bedeutsamen Aufgaben, die gerade der Eisen- und Metallwirtschaft im Rahmen des Vierjahresplans gestellt werden müssen, schweren Schaden erleiden. Diese Lenkung mußte in erster Linie mit höchst unerfreulichen Folgeerscheinungen der Facharbeiternot aufräumen, der Abwerbung von Arbeitskräften aus anderen Betrieben. Da der Bedarf an Fachkräften auf dem freien „Arbeitsmarkt" nicht mehr gedeckt werden konnte, sind manche Unternehmer zu einer Art Selbsthilfe übergegangen. Die dabei verwandten Mittel sind vielfach wirtschaftlich, sozial und moralisch zu beanstanden. Auf Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden. Die vielen Methoden unlauterer Abwerbung und die dadurch eingetretenen schweren Schädigungen sind hinreichend bekannt. Ebenso bekannt ist, daß Lohnüberbietungen dabei eine große Rolle gespielt haben, die auf die Dauer jede vernünftige, den Bedürfnissen der Volkswirtschaft angepaßte Lohnpolitik unmöglich gemacht und zu schweren sozialen Spannungen geführt hätten. Die Zweite Anordnung des Ministerpräsidenten knüpft, um diesen Gefahren zu begegnen, die Mehreinstellung von Metallarbeitern in einem privaten oder öffentlichen Betriebe der Eisen- und Metallwirtschaft an die Zustimmung des zuständigen Arbeitsamtes, wenn eine Verstärkung der Gefolgschaft um zehn oder mehr Metallarbeiter eintritt. Für die Erteilung der Zustimmung sind die staats- und wirtschaftspolitische Bedeutung der zur Gefolgschaftsverstärkung führenden Aufträge sowie das Vorhandensein von einsatzfähigen Metallarbeitern entscheidend. Kann diese Bedeutung der Aufträge nicht nachgewiesen werden oder sind einsatzfähige Metallarbeiter nicht verfügbar, so ist die Zustimmung zu versagen. Durch diese Regelung werden die geschilderten Gefahren gebannt. Es wird praktisch das Tor der neuen Fabrik geschlossen und damit der unerwünschte Abzug aus der bisherigen Arbeitsstätte verhindert. Damit wird gewährleistet, daß verfügbare Arbeitskräfte nur dort zum Einsatz kommen, wo ihr Einsatz erforderlich ist, während die staatspolitisch unerwünschten Verschiebungen unterbunden werden.

Die schon seit langer Zeit beobachteten Abwerbungen von Fachkräften der Metallwirtschaft haben manche Betriebe und Betriebsgruppen frühzeitig veranlaßt, sich gegen die Selbsthilfemaßnahmen anderer Betriebe durch besondere Vereinbarungen untereinander zu schützen. Sie kamen — so z. B. in der Luftfahrtindustrie — überein, keine Arbeitskraft mehr einzustellen, die nicht einen sog. Freigabeschein des letzten Unternehmers vorlegte, auf dem dieser sein Einverständnis mit dem Weggang bescheinigt hatte. Dieser unorganische Weg einer Selbsthilfe gegen Selbsthilfemaßnahmen anderer Unternehmer schützte zwar die der Vereinbarung angeschlossenen Betriebe vor einem Abwerben untereinander; er mußte aber dennoch gesperrt werden. Denn er führte zu großen sozialpolitischen Gefahren, deren nähere Erörterung durch einen Hinweis auf die wenig erfreulichen Abkehrscheine des Gesetzes über den Vaterländischen Hilfsdienst v. 5. Dez. 1916 (RGBl. 1333) (§ 9) ersetzt werden kann. Es geht nicht an, das Schicksal und den Aufstieg oft recht befähigter Arbeiter von dem Wohlwollen ihrer häufig mit viel zu großen Vollmachten gerade auf sozialem Gebiet ausgestatteten Meister abhängig zu machen. Um diesen sozialen Gefahren zu begegnen, erließ deshalb der Präsident der Reichsanstalt eine auf die Verordnung über die Verteilung von Arbeitskräften v. 10. Aug. 1934 (RGBl. I, 786) gestützte Anordnung v. 11. Febr. 1937, nach der künftig jede Einstellung eines Metallarbeiters der Zustimmung des Arbeitsamtes bedarf und nach deren Erlaß für die Freigabescheine kein Raum mehr ist. Diese Anordnung wendet sich an einen größeren Personenkreis als die oben bezeichnete Zweite Anordnung des Ministerpräsidenten, denn sie erfaßt nicht nur Betriebe der Eisen- und Metallwirtschaft, sondern schlechthin jeden Betrieb. Während sich weiter die Zweite Anordnung nur mit der Gefolgschaftsgröße befaßt und diese regelt, indem sie es dem Unternehmer überläßt, wie er die ihm freigegebenen Metallarbeiter in seinen Betrieb hereinzieht, ihm auch freistellt, z. B. ungelernte Arbeitskräfte durch qualifizierte Facharbeiter zu ersetzen, verhindert die Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt schlechthin jede Einstellung eines Metallarbeiters, ob sie zusätzlich ist oder nur einen Austausch bezweckt (Näheres s. Syrup a. a. O. S. 81 c). Die vorgesehene Zustimmung des Arbeitsamtes ist zu versagen, wenn der Abzug des Metallarbeiters aus dem bisherigen Betrieb — denn andere Beschaffungsmöglichkeiten als die Abwerbung gibt es kaum noch — staats- oder wirtschaftspolitisch bedeutsame Aufgaben beeinträchtigt oder die Wirtschaftlichkeit des Betriebes und die Zusammensetzung der Betriebsgemeinschaft stört oder die beteiligte Gemeinde —

etwa durch Fürsorgemaßnahmen für die zurückbleibende Familie des Abwandernden — unnötig belastet. Unternehmer, die gegen diese Bestimmung verstoßen, also z. B. einen Metallarbeiter ohne die Zustimmung des zuständigen Arbeitsamtes einstellen, werden sehr erheblich bestraft.

Durch diese Regelung der Einstellung aller Metallarbeiter wird den Abwerbemethoden ein Riegel vorgeschoben. Selbst Umgehungen durch ein freiwilliges Ausscheiden des Metallarbeiters und eine anschließende oft in Kauf genommene vorübergehende Arbeitslosigkeit werden durch die Bestimmung verhindert, daß die Zustimmung nur zu erteilen ist, wenn der einzustellende Metallarbeiter nicht nur vorübergehend arbeitslos gewesen ist.

Es ist durch diese Anordnung also der gegenwärtigen Notlage entsprechend eine Einschränkung der Freizügigkeit und des Selbstbestimmungsrechtes insoweit herbeigeführt worden, als es sich der Staat vorbehält, darüber zu bestimmen, wann ein Metallarbeiter zur Einstellung gelangen darf, und damit zugleich eine sinnvolle Planung im Arbeitseinsatz nach den staatspolitisch notwendigen Aufgaben der einzelnen Betriebe herbeizuführen.

In diesen beiden Anordnungen sehen wir schon stärkere Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch wirksam gestaltete Einstellungsverbote. Verboten ist in beiden Fällen allerdings nicht der Abschluß eines Arbeitsvertrages, sondern die Einstellung eines Metallarbeiters ohne Zustimmung des Arbeitsamtes. Vertragsabschluß und Einstellung sind nicht identisch. Die Einstellung als Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft ist hier zweifellos als Erfüllung eines vorher oder zum mindesten gleichzeitig getätigten Arbeitsvertrages zu werten. Allerdings ist wohl kaum anzunehmen, daß durch diese beiden Anordnungen etwa bewußt das bekannte Problem „Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis" behandelt oder gar gelöst werden sollte. Immerhin läßt aber der eindeutige Wortlaut der Anordnungen nur die Deutung zu, daß der Gesetzgeber Einstellung und Arbeitsvertrag als zwei verschiedene Rechtsvorgänge angesehen wissen will (Parallelen bietet die frühere Verordnung über die Verteilung von Arbeitskräften). Sind nun vor der Erteilung der Zustimmung Arbeitsverträge abgeschlossen, so sind diese jedenfalls im Geltungsbereich der Zweiten Anordnung nicht als nichtig gemäß § 134 BGB. anzusehen. Sie verstoßen ja nicht gegen das Gesetz, das nur die Einstellung ohne Zustimmung des Arbeitsamtes verbietet. Bis zur Erteilung dieser Zustimmung ist vielmehr die Erfüllung des gültig abgeschlossenen Vertrages unmöglich. Die Folgen dieser vom Unternehmer zu vertretenden Unmöglichkeit sind bekannt und brauchen nicht behandelt zu werden. Zweifelhaft ist die Rechtslage vielleicht bei Verträgen im Bereich der Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt. Syrup (a. a. O. S. 81 g) vermutet einen Unterschied insoweit, als hier ja jede Einstellung zustimmungspflichtig sei, der Metallarbeiter also wisse, daß unbeschadet des Arbeitsvertrages eine Einstellung in den Betrieb erst möglich sei, wenn die Zustimmung vorliege, während im Falle der Zweiten Anordnung des Ministerpräsidenten dem Arbeiter eine Prüfung nicht zugemutet werden könne, ob der Unternehmer der Zustimmung überhaupt bedürfe. Syrup meint, daß im Falle der Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt also der Arbeitsvertrag auf eine Leistung gerichtet sei, deren Unmöglichkeit beiden Parteien von vornherein bekannt gewesen sein müsse, der Arbeitsvertrag also deshalb nichtig sei. Da aber die Zustimmung auch nach Abschluß des Arbeitsvertrages eingeholt und erteilt werden kann, also nur bei der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, d. h. der Einstellung, vorzuliegen braucht, ist diese Folgerung jedenfalls nicht in der Regel zutreffend. Nichtig ist allerdings die ohne Zustimmung vorgenommene Einstellung, die ja ebenfalls eine Willensübereinstimmung voraussetzt. Sie verstößt gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot. Lohnansprüche können durch sie nicht begründet werden. Für die aus der nichtigen Eingliederung sonst zu ziehenden Folgerungen mag allerdings die von Syrup schon für den Arbeitsvertrag gemachte Unterscheidung bedeutsam sein. Doch soll auf diese Fragen hier nicht näher eingegangen werden. Ihre Andeutung mag genügen.

### III. Vertragstreue

Wie schon dargelegt ist, haben manche Unternehmer versucht, die ihnen fehlenden Arbeitskräfte aus anderen Betrieben durch größere Versprechungen herauszuziehen und an den eigenen Betrieb zu fesseln. Gleiches sehen wir auch in der Landwirtschaft. Zahlreiche Landarbeiter haben ihren Arbeitsplatz verlassen, um, wie sie meinen, bessere Arbeitsmöglichkeiten in der Stadt und in der Industrie zu finden. Soweit dieses Ausscheiden aus der Betriebsgemeinschaft unter Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgt, ist es die Aufgabe des Arbeitseinsatzes, dafür Sorge zu tragen, daß dadurch nicht eine Gefährdung der staatspolitisch notwendigen Aufgaben der einzelnen Betriebe und der gesamten Arbeitseinsatzpolitik eintritt. Soweit in der von den besprochenen Anordnungen nicht erfaßten Landwirtschaft etwa soziale Gründe für die in letzter Zeit zu beobachtende Landflucht vorliegen, sind sie durch geeignete Maßnahmen (z. B. Förderung des Landarbeiterwohnungsbaues) tunlichst bald zu beseitigen. Ein besonderes Interesse hat aber der Staat daran, zu verhindern, daß das Ausscheiden aus der bisherigen Betriebsgemeinschaft unter Verletzung des Grundsatzes der Vertragstreue, d. h. unter Vertragsbruch, erfolgt. Hier tritt zu der den geordneten Arbeitseinsatz gefährdenden Fluktuation der Arbeitskräfte noch eine sehr unerfreuliche Ausartung der sozialen Moral, die bekämpft werden muß. Infolgedessen hat sich der Ministerpräsident veranlaßt gesehen, durch seine Siebente Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans über die Verhinderung rechtswidriger Lösung von Arbeitsverhältnissen vom 22. Dez. 1936 einzugreifen und dafür Sorge zu tragen, daß die Vertragstreue auch in den arbeitsrechtlichen Beziehungen des Gefolgsmannes zu seinem Unternehmer Geltung behält. Er hat bestimmt, daß in den durch diese Auswüchse gefährdeten Gewerbezweigen der Eisen- und Metallwirtschaft, des Baugewerbes und der Ziegelindustrie und in der ebenso stark in Mitleidenschaft gezogenen Landwirtschaft der Unternehmer im Falle einer unberechtigten vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten das Arbeitsbuch bis zu dem Zeitpunkt zurückbehalten kann, in dem die Beschäftigung im Falle einer ordnungsmäßigen Lösung enden würde. Da nach den Bestimmungen des Gesetzes über das Arbeitsbuch und der dazu erlassenen Ersten Durchführungsverordnung ein Arbeiter oder Angestellter nicht eingestellt werden darf, wenn er nicht gleichzeitig das Arbeitsbuch vorlegt, wird durch diese Maßnahme des Ministerpräsidenten der Kontraktbruch wenigstens in den gefährdeten Gewerben und Betrieben praktisch unmöglich gemacht. Der unter Bruch des Arbeitsvertrages ausscheidende Arbeiter oder Angestellte kann erst dann eine neue Stellung antreten, wenn seine Kündigungsfrist abgelaufen ist, und ihm dann von seinem bisherigen Unternehmer das Arbeitsbuch ausgehändigt ist. Für Streitfälle über die Berechtigung zur vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses ist durch die Zulassung einer einstweiligen Verfügung des Arbeitsgerichts auf Herausgabe des Arbeitsbuches die Gewähr dafür geboten, daß ein berechtigt vorzeitig ausscheidender Arbeiter oder Angestellter durch diese Bestimmung nicht benachteiligt wird.

Wenn es sich bei dieser Maßnahme auch nicht um einen Eingriff in die Vertragsfreiheit handelt, da die Vertragsfreiheit niemals zur Vertragsuntreue führen darf, so durfte sie dennoch in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, weil auch sie das Bestreben erkennen läßt, alle Ungeregeltheiten im Arbeitseinsatz planmäßig auszuräumen. Mit dem neu begründeten Zurückbehaltungsrecht am Arbeitsbuch hat sich das arbeitsrechtliche Schrifttum bereits mehrfach befaßt. Auf diese Darlegungen kann verwiesen werden. Ehe sich der Ministerpräsident zu dem Erlaß der Siebenten Anordnung entschloß, hat man versucht, auf andere Weise, namentlich in der Landwirtschaft, die dort überhandnehmenden Vertragsbrüche zu bekämpfen. Die Treuhänder der Arbeit haben verschiedentlich Ehrengerichtsverfahren wegen Verletzung der sozialen Ehre gegen Arbeiter eingeleitet, die unter Vertragsbruch ihre Arbeitsstelle verlassen haben. Diese Verfahren sind auf eine hartnäckige Zuwiderhandlung gegen schriftliche An-

ordnungen des Treuhänders der Arbeit, d. h. gegen die Kündigungsbestimmungen der Tarifordnung gestützt und eingeleitet, nachdem zur Begründung der Hartnäckigkeit eine vergeblich gebliebene Aufforderung zur Rückkehr in das bisherige Arbeitsverhältnis an den vertragsbrüchigen Arbeiter gerichtet war. In manchen Bezirken hat dieses Vorgehen Erfolg gehabt und zu einem Rückgang der Vertragsbrüche geführt. Immerhin muß zweifelhaft bleiben, ob derartige Ehrengerichtsverfahren dem Sinn der neuen Ehrengerichtsbarkeit überhaupt entsprechen. Es ist sicherlich ein Mangel der Sozialgesinnung, wenn der Arbeiter ohne Einhaltung der Kündigungsfrist seinen Arbeitsplatz verläßt. In aller Regel beruht aber dieses vorzeitige Ausscheiden nicht gerade auf unlauteren Motiven, sondern auf dem Bestreben, weiterzukommen und an einem anderen Arbeitsplatz vielleicht besser für die Familie zu sorgen. Gewiß muß auch der Arbeiter selbst bei Unterstellung lauterster Beweggründe vertragstreu bleiben. Den Vertragsbruch aber als Verletzung der sozialen Ehre zu werten, ist nicht unbedenklich.

## IV. Kündigung

Die sinnvolle Lenkung der Arbeitskraft, d. h. der planmäßige Einsatz der vorhandenen Arbeitskräfte an den notwendigen Arbeitsplätzen kann, wie wir sahen, an Eingriffen in die Entschluß- und Vertragsfreiheit der Beteiligten nicht vorübergehen. Der Staat muß auf dem Abschluß bestimmter Arbeitsverträge bestehen und andererseits wieder ihren Abschluß verbieten. Er muß, wo Arbeitsverträge bestehen, u. U. ihre Aufrechterhaltung durchsetzen. Bei dieser Lage konnte auch das Kündigungsrecht nicht ganz unberührt bleiben.

1. Der Präsident der Reichsanstalt oder die von ihm beauftragte Dienststelle kann, wie oben dargelegt ist, anordnen, daß ein Betrieb in bestimmtem Umfange ältere Angestellte beschäftigt. Durch Strafdrohungen wird der Abschluß entsprechender Arbeitsverträge mittelbar erzwungen. Wird einem Betrieb auf diese Weise die Mehreinstellung von Angestellten auferlegt, so ist dabei in erster Linie an eine zusätzliche Einstellung gedacht. Nicht immer kann aber eine solche ohne weiteres durchgeführt werden. Oft werden für die neu einzustellenden älteren Angestellten erst Arbeitsplätze freigemacht werden müssen. Jüngere Arbeitskräfte werden ihnen weichen müssen. Da sie leichter anderweitig untergebracht werden können, wird ihnen dieses Opfer im Interesse und zugunsten ihrer arbeitslosen älteren Berufskameraden zugemutet werden können. Wird nun diesen jüngeren Angestellten gekündigt — eine fristlose Entlassung kommt selbstverständlich dabei nicht in Betracht — so könnten sie an sich von dem Widerrufsrecht nach § 56 ff. ArbOG. Gebrauch machen, sofern sie länger als ein Jahr dem Betrieb oder Unternehmen angehören. In der Regel wird eine Widerrufsklage allerdings an der Betriebsbedingtheit einer solchen Austauschkündigung scheitern. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen auf Grund der vom Arbeitsgericht vorgenommenen Nachprüfung der betrieblichen Verhältnisse die Betriebsbedingtheit verneint und der Widerrufsklage stattgegeben werden könnte. Dieses Risiko der Unternehmer würde aber die Unterbringung der älteren Angestellten gefährden, zum mindesten aber verzögern können. Der Ministerpräsident hat sich deshalb entschlossen, in Ziff. 4 der Fünften Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans zu bestimmen, daß, wenn in einem Einzelfall durch die Einstellung älterer Angestellter die Kündigung einer jüngeren Kraft erforderlich wird, diese Kündigung als betriebsbedingt gilt, also der Widerrufsanspruch entfällt. Voraussetzung ist allerdings für diese Fiktion, daß der Präsident der Reichsanstalt oder die von ihm beauftragte Dienststelle der Kündigung des jüngeren Gefolgschaftsmitgliedes zugestimmt hat. Damit wird gewährleistet, daß nur in ganz besonderen Fällen, wenn sonst die auferlegte Einstellung eines älteren Angestellten dem Betrieb nicht zuzumuten wäre, ein jüngerer Gefolgsmann entlassen wird, ohne daß ihm die Möglichkeit verbleibt, wirksam das Arbeitsgericht mit der Widerrufsklage anzurufen. Nach ihrem Wortlaut bezieht sich diese Bestimmung zwar nur auf den Fall der Zwangsauflage zur Einstellung älterer Angestellter. Wird aber schon hier die Betriebsbedingtheit der Austauschkündigung gesetzlich anerkannt, so muß m. E. das gleiche auch bei einer freiwilligen Einstellung älterer Angestellter und der dadurch bedingten Kündigung jüngerer Arbeitskräfte gelten. Es ist oben schon dargelegt, daß sich der Ministerpräsident mit seinen Anordnungen in erster Linie an das gesunde wirtschaftliche und soziale Empfinden der Unternehmer wendet und vor allem ihre freiwillige Mitarbeit erwartet. Entschließt sich ein Unternehmer aber auf Grund dieses Appells an sein Pflichtgefühl freiwillig zur Einstellung älterer Angestellter und sieht er sich gezwungen, deshalb jüngeren Kräften zu kündigen, so darf er nicht schlechter gestellt sein, als wenn er erst unter dem Druck einer Auflage des Präsidenten der Reichsanstalt handelt. Aus diesem Grunde werden einer sinngemäßen Anwendung der Ziff. 4 auch bei freiwilligen Einstellungen älterer Angestellter keine Bedenken entgegenstehen. Eine Zustimmung des Präsidenten der Reichsanstalt oder der von ihm beauftragten Dienststelle zu der notwendigen Kündigung kommt allerdings nicht in Betracht, vielmehr wird das Arbeitsgericht bei der Prüfung der Widerrufsklage selbst festzustellen haben, ob die Kündigung der jüngeren Arbeitskraft notwendig war, damit einem älteren Angestellten Platz gemacht werden konnte.

2. Die Zustimmung des Arbeitsamts zur Einstellung von Metallarbeitern auf Grund der Zweiten Anordnung des Ministerpräsidenten kann, wie Ziff. 4 dieser Anordnung sagt, befristet, zeitlich bedingt oder unter Auflagen erteilt werden. Derartig beschränkte Zustimmungen werden nur selten in Frage kommen. Syrup (a. a. O. S. 50) wählt folgendes Beispiel:

> In einer Gemeinde sind zwei Maschinenfabriken vorhanden. Die Fabrik A. führt minder wichtige Aufträge aus und stellt am 1. März den Antrag auf Zustimmung zur Gefolgschaftsvermehrung. Die Fabrik B., der staatspolitisch wichtige Aufträge überwiesen sind, benötigt wegen eines Umbaues der Fabrikanlagen erst zum 1. Sept. eine Gefolgschaftsvermehrung. In einem solchen Fall würde das Arbeitsamt zweckmäßig der Gefolgschaftsvermehrung des Betriebes A. zum 1. März zwar zustimmen, die Zustimmung aber bis zum 31. Aug. befristen oder sich vorbehalten, die erteilte Zustimmung am 31. Aug. zurückzunehmen, falls der dringendere Bedarf des mit der Erledigung wichtigerer Aufträge beschäftigten Betriebes B. am 1. Sept. nur durch Herüberziehung der im Betriebe A. eingestellten Metallarbeiter gedeckt werden kann.

Bei Wegfall der Bedingung ist, ebenso wie im Falle einer befristeten Zustimmung, eine Kündigung der eingegangenen Arbeitsverhältnisse nicht notwendig, wenn die Arbeitsverträge von vornherein auf bestimmte Zeit oder unter der gleichen auflösenden Bedingung eingegangen sind, die das Arbeitsamt seiner Zustimmung beigefügt hat. Der Unternehmer wird zweckmäßig in dieser Weise für eine selbsttätige Auflösung der Arbeitsverträge Sorge tragen, um nach Ablauf der Frist oder bei Eintritt der Bedingung nicht Ansprüchen der von ihm nicht mehr zu beschäftigenden Gefolgschaftsmitglieder ausgesetzt zu sein, die u. U. selbst dann erhoben werden könnten, wenn die sofortige Überführung der Arbeiter in einen anderen Betrieb sichergestellt ist. Wird die Befristung des Arbeitsvertrages oder die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung unterlassen, so wird der Unternehmer das Arbeitsverhältnis mit der vorgesehenen Frist kündigen müssen, da der Eintritt der vom Arbeitsamt gestellten Bedingung oder Zeitbestimmung das Arbeitsverhältnis selbst nicht berührt, sondern lediglich zu einem Wirksamwerden des Beschäftigungsverbotes führen kann.

3. Metallarbeiter und Baufacharbeiter werden oft an Arbeitsplätzen beschäftigt, die ihrer Ausbildung nicht entsprechen. Mit Recht wird in der Einleitung der Dritten Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans über die Rückführung von Metallarbeitern und Baufacharbeitern in ihren Beruf v. 7. Nov. 1936 darauf hingewiesen, daß dieses „Hamstern“ von Facharbeitern eine unwirtschaftliche Verschwendung wertvoller Arbeitskräfte bedeutet, deren Einsatz an geeigneter Stelle zur Durchführung des Vierjahresplans dringend erforderlich ist. Eine zwangsweise Umschichtung dieser

vielfach am falschen Platze tätigen Arbeitskräfte ist nicht angängig. Infolgedessen bestimmt die Dritte Anordnung, daß das Arbeitsamt nach Eingang einer vorgeschriebenen Anzeige über die Beschäftigung von Metallarbeitern und Baufacharbeitern auf Arbeitsplätzen, die ihrer beruflichen Vorbildung nicht entsprechen, darauf hinzuwirken hat, daß diese Arbeiter entweder in dem gleichen Betrieb oder einem anderen Betrieb Arbeiten übernehmen, die ihrer Vorbildung entsprechen. Die Entlassung eines am falschen Platz tätigen Arbeiters und seine Einstellung in einen anderen geeigneteren Betrieb kann das Arbeitsamt zwar nicht anordnen, es kann aber dem Arbeiter einen seinen Fähigkeiten entsprechenden Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb nachweisen. Geschieht das, so kann nun der Arbeiter mit Zustimmung des Arbeitsamtes ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Arbeitsverhältnis lösen. Durch diese Maßnahme ist die im Grundsatz voll aufrechterhaltene Freizügigkeit des Arbeiters in den Dienst eines geordneten Arbeitseinsatzes gestellt. Dem Arbeiter wird die Möglichkeit eröffnet, eine seinen Fähigkeiten nicht entsprechende Tätigkeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen, wenn ihm der Staat eine geeignetere Beschäftigung nachweist und zu dieser Vertragslösung seine Zustimmung gibt. In dieser Bestimmung liegt eine sehr wesentliche Ergänzung der bisherigen Vorschriften über eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Alle Bestimmungen des BGB. oder der GewO. über die Kündigung aus wichtigem Grund würden in einem solchen Falle nicht Platz greifen, da die Beschäftigung an einem der Vorbildung nicht entsprechenden Arbeitsplatz selbst dann nicht als allgemeiner wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses anerkannt werden kann, wenn die Zuweisung dieses Arbeitsplatzes ohne Einverständnis des Arbeiters erfolgt ist. Auch auf diese Weise wird der Versuch unternommen, eine Umschichtung der Arbeiterschaft ohne Zwangsmaßnahmen durchzuführen, und dazu beizutragen, daß nunmehr jedem Facharbeiter wenigstens der beiden gefährdeten Gewerbezweige der richtige Arbeitsplatz zugewiesen wird.

### V. Einwirkung des Vierjahresplans auf die Gestaltung der Tarifordnungen

Es ist bekannt, daß die von den Treuhändern der Arbeit erlassenen Tarifordnungen von größter Bedeutung für die Neugestaltung des Arbeitslebens sind. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß sich auch in ihnen die Einflüsse des Vierjahresplans bemerkbar machen, zumal die Möglichkeit elastischerer Tarifgestaltung die beste Gewähr dafür bietet, die arbeitsrechtlichen Normen jederzeit den Gegebenheiten einer zeitbedingten Lage anzupassen.

1. Außer im Baugewerbe und der Eisen- und Metallindustrie zeigt sich vor allen Dingen in der Landwirtschaft ein erheblicher Mangel an geeigneten Arbeitskräften. Die Landflucht hat, wie schon oben angedeutet ist, in nicht unerheblichem Maße zugenommen. Die für die Einbringung der Ernte und die Bestellung des Bodens notwendigen Arbeitskräfte sind vielfach in die gewerbliche Berufsarbeit abgewandert, in der sie bessere Fortkommensmöglichkeiten erhoffen als in dem ererbten landwirtschaftlichen Beruf. Die in letzter Zeit veröffentlichten Tarifordnungen für die Landwirtschaft lassen nun deutlich den Versuch erkennen, dieser Landflucht entgegenzuwirken, und soweit das in den der heutigen Lohnpolitik gesteckten Grenzen überhaupt möglich ist, die Gründe für die Landflucht zu beseitigen und auf die Verwurzelung des Landarbeiters und seine Verbindung mit dem Hofe und der Scholle, die er bestellt, hinzuwirken. So sind z. B. für eine längere Betriebszugehörigkeit besondere Treueprämien ausgesetzt oder es ist die Einbehaltung von Löhnen für den Fall des Vertragsbruches vorgesehen, und endlich sind in großem Umfange Jahresarbeitsverträge festgesetzt, die in Verbindung mit besonderen Vergünstigungen für das Ausharren am landwirtschaftlichen Arbeitsplatz ein wirksames Mittel für die Fesselung des Arbeiters an den heimatlichen Boden bieten. Das Fehlen von Landarbeitern führt auch dazu, mehr als es bisher geschehen ist, die Frauen, namentlich die Ehefrauen der Landarbeiter, zu landwirtschaftlichen Arbeiten hinzuzuziehen. Neu erlassene Tarifordnungen enthalten deshalb nicht mehr die Bestimmungen, die einem Einsatz der Frau in der Landwirtschaft entgegenstanden oder ihn erschwerten. Wenn auch grundsätzlich daran festgehalten wird, daß der mit dem Landarbeiter geschlossene Arbeitsvertrag sich nicht auch auf die Tätigkeit seiner Ehefrau erstreckt, so soll doch darauf hingewirkt werden, daß sich die Ehefrau durch besonderen Arbeitsvertrag zur Mitarbeit verpflichtet, und sich dringenden landwirtschaftlichen Arbeiten, insbesondere in der Rüben- und Saatpflege sowie bei der Getreide- und Hackfruchternte nur aus zwingenden Gründen entzieht. Daß dabei die notwendigen Schutzmaßnahmen zugunsten der beschäftigten Frauen aufrechterhalten werden und diesen die Möglichkeit gelassen werden muß, ihren Hausfrauen- und Mutterpflichten nachzukommen, ist selbstverständlich.

2. Es ist schon mehrfach angedeutet, daß vor allem in den Betrieben der Eisen- und Metallwirtschaft und des Baugewerbes keine Reserven an einsatzfähigen Arbeitskräften vorhanden sind, auf die bei einer Steigerung der Aufträge und bei erhöhtem Arbeiterbedarf z. B. in den neu errichteten Werkstoffabriken des Vierjahresplans zurückgegriffen werden kann. Da aber die Ausführung der staatspolitisch wichtigen Aufträge unter diesem Mangel an Arbeitskräften nicht leiden darf, wird vielfach eine gewisse Ausweitung der Arbeitszeitbestimmungen nicht zu umgehen sein. Das ganze Volk ist vom Ministerpräsidenten zur tätigen Mitarbeit und zum Einsatz aller Energien aufgerufen worden. Es wird deshalb u. U. auch von den in den bedrohten Gewerbezweigen beschäftigten Volksgenossen eine gelegentliche Mehrarbeit erwartet werden müssen, die sich allerdings stets im Rahmen der gesetzlichen Arbeitszeitbestimmungen zu halten haben wird und nur dort zulässig ist, wo die für die Ausnahmebewilligung von den Vorschriften über die regelmäßige Arbeitszeit zuständigen Behörden (Treuhänder der Arbeit und Gewerbeaufsichtsbeamten) ihre Zustimmung zu einer Verlängerung der Arbeitszeit allgemein oder im Einzelfall gegeben haben. Die Treuhänder der Arbeit können in einer Tarifordnung für eine Gruppe von Betrieben Mehrarbeit bis zur Höchstgrenze von zehn Stunden am Tage auf Grund der §§ 8 u. 13 ArbZO. zulassen. Eine solche Zulassung von Mehrarbeit ist z. B. durch die vor kurzem veröffentlichte Reichstarifordnung für das Baugewerbe vorgenommen worden und auch in einigen Tarifordnungen für die Eisen- und Metallwirtschaft vorgesehen.

C. Aus allen diesen Bestimmungen und Maßnahmen ergibt sich also, daß ein geregelter Arbeitseinsatz gewisse Veränderungen des geltenden Arbeitsrechtes voraussetzt. Manche der geschilderten neuen Vorschriften werden vielleicht den Anfang einer grundsätzlichen Veränderung unseres Arbeitsrechtes bedeuten, während andere, wie schon einleitend hervorgehoben, nur vorübergehende Bedeutung beanspruchen können.

Die neuartige Form der Gesetzgebung gestattet es, die jeweiligen Maßnahmen den Bedürfnissen des Augenblicks anzupassen und von ihnen in zwangloser Form wieder abzugehen. Eine im „Reichsanzeiger“ veröffentlichte Anordnung läßt sich dank der dem Beauftragten für den Vierjahresplan erteilten Vollmachten nicht minder leicht ändern und den Notwendigkeiten des täglichen Lebens anpassen als eine das Arbeitsverhältnis bestimmende Tarifordnung eines Treuhänders der Arbeit. Wenn man deshalb auch vielleicht geneigt sein möchte, in den ganzen Wandlungen unseres Arbeitsrechts unter dem Einfluß des Vierjahresplans nur vorübergehende Erscheinungen zu sehen, so darf man doch bei der Betrachtung dieser arbeitsrechtlichen Veränderungen nicht vergessen, daß sie zum Teil auch durch eine völlige Strukturveränderung großer Wirtschaftsgebiete und eine völlige Umgestaltung des sozialen Lebens in ihnen bedingt sind und deshalb sicherlich über die Dauer einer Augenblicksregelung hinaus ihre Bedeutung behalten werden. Infolgedessen erscheint es zweckmäßig, daß sich auch der Rechtswahrer mit den neuartigen Formen, zu denen der Arbeitseinsatz im Vierjahresplan führt, von Zeit zu Zeit beschäftigt und versucht, für die soziale Lage, aus der heraus sie entstanden sind, das notwendige Verständnis aufzubringen.

# Grundfragen des Arbeitsverhältnisses im Lichte der neueren Rechtsprechung

Von Professor Dr. Wolfgang Siebert, Kiel



Über das Wesen des Arbeitsverhältnisses bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Darüber soll hier nur mehr einleitend und nur in kurzen Zusammenfassungen berichtet werden[1]). Die Hauptaufgabe der folgenden Ausführungen ist, an Hand der neueren und neuesten Rechtsprechung unserer Arbeitsgerichte aufzuzeigen, wie die verschiedenen Auffassungen von Wesen, Inhalt und Begründung des Arbeitsverhältnisses in zahlreichen wichtigen Einzelfragen zu verschiedenen Ergebnissen, zum mindesten zu verschiedener Begründung übereinstimmender Ergebnisse führen. Damit soll dargelegt werden, welche praktische Bedeutung die jeweilige Grundauffassung vom Arbeitsverhältnis äußert.

## A. Grundsätzliches

### I. Der Stand der Meinungen

1. Die herrschende Auffassung vom Arbeitsverhältnis (Arbeitsvertrag) darf als bekannt vorausgesetzt werden[2]). Sie läßt sich, wie ich glaube, in folgende Sätze zusammenfassen:

a) Die Rechtsstellung des einzelnen Beschäftigten im Betrieb findet ihre entscheidende Grundlage — ihren Entstehungstatbestand, ihren Bestand und ihren Rechtsgrund — in dem Arbeitsvertrag.

b) Diese entscheidende Bedeutung des Arbeitsvertrages besteht auch gegenüber der im ArbOG. geregelten Betriebsgemeinschaft. Durch die Eingliederung des Gefolgsmanns in den Betrieb wird das Vertragsverhältnis zwar „veredelt" und „entscheidend beeinflußt"[3]), aber nicht in seiner Grundlage erfaßt und gewandelt, denn das Mittel zu einer solchen Veredelung und Beeinflussung bleibt auf vertraglichem Boden: der Arbeitsvertrag ist nach den Grundsätzen der Betriebsgemeinschaft auszulegen. Privatrechtlicher Arbeitsvertrag und öffentlich-rechtliche Betriebsgemeinschaft stehen also nebeneinander, und dabei bleibt der Vertrag souverän und behält eine Vorrangstellung: die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft, insbesondere die Fürsorge- und Treupflicht nach § 2 Abs. 2 ArbOG., können sich im Arbeitsverhältnis nur auf der Grundlage des Vertrages auswirken. Versagt der Vertrag, so muß mit Hilfskonstruktionen — ungerechtfertigte Bereicherung usw. — geholfen werden.

c) Auch die gesetzlichen Bestimmungen über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses (insbesondere §§ 611 ff. BGB.) sowie die Tarif- und Betriebsordnungen haben das einzelne vertragliche Versprechen zur Grundlage, weil dieses Versprechen sich darauf erstreckt, derartige Regeln mitzubeachten. Es werden daher auch die durch Gesetz, Tarifordnung oder Betriebsordnung bestimmten Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag abgeleitet[4]).

d) Dementsprechend wird das Arbeitsverhältnis auch allein durch den Arbeitsvertrag begründet. Die Arbeitsaufnahme im Betrieb ist nicht mehr Teil des Begründungstatbestandes, sondern schon Ausführungs- und Erfüllungshandlung.

2. Dieser Auffassung habe ich eine Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis gegenüberzustellen versucht, deren Grundgedanken sich folgendermaßen zusammenfassen lassen[5]):

a) Die Rechtsstellung des einzelnen Beschäftigten im Betrieb hat ihre Grundlage und ihren Rechtsgrund unmittelbar in der Arbeitsleistung des Beschäftigten innerhalb der Betriebsgemeinschaft. Diese (freiwillige) Arbeitsleistung begründet und trägt das Arbeitsverhältnis.

b) Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis sind dann notwendig wesensgleich: das einzelne Arbeitsverhältnis ist Teilhabe an der Betriebsgemeinschaft und ein Stück der Ordnung des Betriebes. Es besteht also kein Nebeneinander von Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis mit einer durch den Parteiwillen (Auslegung) gebildeten Brücke zwischen zwei verschiedenen Bereichen, sondern die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft, insbesondere die im § 2 Abs. 2 ArbOG. ausgesprochenen Fürsorge- und Treupflichten, sind unmittelbar auch Grundsätze des einzelnen Arbeitsverhältnisses.

c) Das Arbeitsverhältnis wird inhaltlich gestaltet durch Gesetz, Tarifordnung, Betriebsordnung, Richterspruch, Einzelverwaltungsentscheidung, Einzelvereinbarung und Einzelführerentscheidung (§ 2 Abs. 1 ArbOG.). Die Einzelvereinbarung (der „Arbeitsvertrag") ist also ein Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses neben (nach) Gesetz, Tarifordnung usw. Nicht der Arbeitsvertrag ist Grundlage des Arbeitsverhältnisses, sondern das Arbeitsverhältnis ist Grundlage (auch) des Arbeitsvertrages.

d) Begründet wird das Arbeitsverhältnis durch freiwilligen Eintritt in den Betrieb. Der Eintritt setzt eine Willensübereinstimmung voraus und vollendet sich durch die Aufnahme der Arbeit. Dieser Vorgang kann sich stufenweise vollziehen. Ein vollwirksames Arbeitsverhältnis liegt jedenfalls erst dann vor, wenn eine volle Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft erfolgt ist.

### II. Arbeitsvertrag und Beschäftigungsverhältnis

Der Deutlichkeit halber sollen die verschiedenen Auffassungen über das heutige Arbeitsverhältnis mit der schon

[1]) Ausführlichere Darstellung bei Siebert: DArbR. 1937, 14 ff., 44 ff. Dazu noch Oppermann: JW. 1937, 7 ff.; Rhode: AkadZ. 1937, 203 ff.; Huber in diesem Heft S. 1111.

[2]) Vgl. insbes. die Zusammenfassung von Mansfeld: DArbR. 1936, 118 ff.

[3]) Vgl. RArbG.: ArbRSamml. 26, 161; dazu unten B, I.

[4]) Vgl. z. B. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 32 ArbOG., Anm. 168. Dagegen Siebert: DArbR. 1937, 48 ff.

[5]) Siebert, „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit", 1935. Vgl. auch DArbR. 1937, 14 ff., 44 ff.

vor dem ArbOG. sehr bekannten und geläufigen Gegenüberstellung von privatrechtlichem Arbeitsvertrag und faktischem Beschäftigungsverhältnis verglichen werden[6]). Nach der allmählich erfolgten Anerkennung des Beschäftigungsverhältnisses ging der Streit der Meinungen eigentlich nur noch darum, ob das vertragliche oder das faktische Element überragende Bedeutung habe. Dabei wurde der Bereich des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses immer mehr ausgedehnt: nicht nur auf die Sozialversicherung und auf den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz, sondern auch z. B. auf die Zuständigkeitsbestimmungen im ArbGG. und — nach Inkrafttreten des ArbOG. — auch auf einige Fälle aus diesem Gesetz, z. B. auf § 5 (Betriebsgröße) und auf § 57 (Abgangsentschädigung); unter Umständen sollten sogar Tarifordnungen und Betriebsordnungen an ein vertragsloses Beschäftigungsverhältnis anknüpfen können.

Die oben zu I, 1 gekennzeichnete herrschende Ansicht hat diese Gegenüberstellung inhaltlich im wesentlichen übernommen, wobei nur terminologisch an die Stelle des „Beschäftigungsverhältnisses" das Betriebszugehörigkeitsverhältnis getreten ist. Dieses Betriebszugehörigkeitsverhältnis wird also in seiner Bedeutung und in seinen Wirkungen dem früheren Beschäftigungsverhältnis weitgehend gleichgestellt; vor allem sollen auch bei fehlendem oder nichtigem Vertrage Sozialversicherung und Arbeitsschutz an das (faktische) Betriebszugehörigkeitsverhältnis anknüpfen können. Dagegen werden die sog. materiellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (Lohnanspruch, Urlaubsanspruch usw.) — wenigstens soweit keine Tarifordnung oder Betriebsordnung eingreift — dem Bereich des privatrechtlichen Vertrages vorbehalten[7]).

Die zu I, 2 entwickelte Auffassung könnte vielleicht auf den ersten Blick so wirken, als ob sie das frühere faktische Beschäftigungsverhältnis ebenfalls dem Betriebszugehörigkeitsverhältnis gleichsetzt und nunmehr alle Wirkungen des Arbeitsverhältnisses auf dieses Beschäftigungsverhältnis gründet. Das wäre dann also ein vollständiger Sieg des Beschäftigungsverhältnisses über den Arbeitsvertrag. Diese Deutung wäre jedoch ein Mißverständnis: die Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis will ja gerade die frühere Antithese zwischen Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag überwinden. Das personenrechtliche Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Betriebszugehörigkeitsverhältnis ist also mehr und etwas anderes als das frühere Beschäftigungsverhältnis und als das faktische oder öffentlich-rechtliche Betriebszugehörigkeitsverhältnis im Sinne der herrschenden Meinung.

Dies bedarf besonderer Hervorhebung, denn wir dürfen m. E. Betriebszugehörigkeit und Arbeitsleistung im Betrieb keinesfalls als nur „faktische" Begriffe auffassen. Arbeitsleistung eines Volksgenossen in einem Betrieb (in einer Betriebsgemeinschaft) ist vielmehr heute ein Tatbestand, der die Ehre und die Freiwilligkeit der Arbeit, ihren Persönlichkeitswert und die dadurch begründete personenrechtliche Verbundenheit mit dem Unternehmer (Betriebsführer) und den Arbeitskameraden als die Grundsätze der Ordnung des Betriebes in sich enthält[8]). An diesen personen- und gemeinschaftsrechtlichen Tatbestand knüpfen sich dann unmittelbar und untrennbar die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, die sich somit als die Ausprägungen der Betriebsgemeinschaft im einzelnen Arbeitsverhältnis darstellen.

An der früheren Auffassung vom Beschäftigungsverhältnis war also falsch: 1. die rein faktische Betrachtungsweise, die Wesen, Inhalt und Wert der Arbeit nicht berücksichtigte; 2. die dadurch hervorgerufene Trennung des einheitlichen Lebenstatbestandes in zwei rechtlich ganz verschieden behandelte Kreise, den faktischen und den vertragsrechtlichen Bereich.

III. Das natürliche und sozialistische Recht der Arbeit

Das Entscheidende an der hier vertretenen Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses ist die Anerkennung der Arbeitsleistung des Volksgenossen in dem Betrieb als der unmittelbaren und alleinigen Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Damit wird die bisherige Auffassung vom Arbeitsvertrag abgelehnt. An die Stelle dieses Arbeitsvertrages tritt das Arbeitsverhältnis als personen- und gemeinschaftsrechtliches Rechtsverhältnis von Mann zu Mann, bei dem die Vereinbarung ein Gestaltungsmittel, nicht aber die Grundlage ist.

Die Gründe für diese Auffassung liegen in folgenden Erwägungen:

1. Arbeit ist Entfaltung der Persönlichkeit und Betätigung ihrer Kräfte für die Gemeinschaft. Persönlichkeit und Arbeit können also niemals getrennt werden. Dann aber stellt der Beschäftigte mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses sich selbst in den Dienst des Unternehmers, nicht wird ein Vertrag über Arbeit (als Objekt einer Leistungspflicht) geschlossen. Gleichzeitig erfüllen sowohl Unternehmer wie Beschäftigter im Arbeitsverhältnis ihre volksgenössische Arbeitspflicht: sie treten sich also nicht als Vertragskontrahenten gegenüber, sondern schließen sich als „Arbeitsbeauftragte der Nation" zu einer Leistungsgemeinschaft zusammen. Diese Leistungsgemeinschaft kann als personenrechtliches Rechtsverhältnis bezeichnet werden; sie ist von dem auf Verpflichtung zu einzelnen Leistungen und auf Austausch einzelner Güter gerichteten Vertrag des Rechtsverkehrs wesentlich verschieden[9]).

2. Gemeinschaft und Führertum, Ehre, Treue und Leistung als die Grundlagen des Arbeitsverhältnisses können ihrem Wesen nach in ihrer Geltung nicht aus einem bloßen Leistungsversprechen hergeleitet werden. Die Freiwilligkeit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses ändert an diesem Satz nichts. Es ist m. E. ein schwerer Fehler der herrschenden Ansicht, daß sie aus der Freiwilligkeit des Eintritts in den Betrieb folgern zu müssen glaubt, daß das gesamte Arbeitsverhältnis auf vertraglicher Grundlage ruht. Freiwilliger Zusammenschluß zu einer Gemeinschaftsordnung und Abschluß eines Vertrages dürfen nicht gleichgesetzt werden. Die Freiwilligkeit ist wohl Voraussetzung des Arbeitsverhältnisses, sie bedeutet aber nicht, daß alle einzelnen Folgen der Arbeitsleistung nur gelten, wenn, weil und soweit die Beteiligten gerade damit einverstanden sind. — Diese Gestaltung findet sich überall, wo wir einer freiwilligen Einordnung durch „Gelöbnis" im Gegensatz zu einem einfachen Leistungsversprechen begegnen.

3. Die sozialistische Auffassung des Leistungsgedankens verlangt, daß Arbeit und Leistung die Grundpfeiler der gesamten Volksordnung, insbesondere der Arbeits- und Wirtschaftsordnung sind. Das gilt im Großen für den Aufbau der Volksordnung und für die Begriffe Unternehmer, Unternehmen, Kapital usw. wie im Kleinen für die Arbeitsleistung des einzelnen Beschäftigten im Betrieb. Der deutsche Sozialismus verlangt ein unmittelbares Recht der Arbeit, nicht erst ein Recht des Arbeitsvertrages.

4. Auch die natürliche Betrachtungsweise des Lebenstatbestandes „Arbeit im Betrieb" gebietet es, diesen Tatbestand zur unmittelbaren Rechtsgrundlage des Arbeitsverhältnisses zu machen. Kein Beschäftigter wird es verstehen, wenn man ihm klarmachen wollte, daß er bei seiner Arbeits-

---

6) Aus dem Schrifttum vor 1933 vgl. bes. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1931, S. 111 ff.

7) Nähere Übersicht über das Schrifttum bei Siebert, „Arbeitsverhältnis" S. 45 ff.

8) Praktische Folgen: Bewußt hochverräterische „Arbeit" in einem hochverräterischen „Betrieb" begründet niemals ein Arbeitsverhältnis. — Wer sich in einen Betrieb eingeschmuggelt hat, kann kein voll wirksames Arbeitsverhältnis begründen. Ein wirklich Geisteskranker kann ebenfalls in keinem echten Arbeitsverhältnis stehen. In den beiden letzten Fällen ist das Arbeitsverhältnis aber nicht etwa absolut nichtig, sondern es ist, in vielleicht verschieden starkem Grade, fehlerhaft.

9) Vgl. unten C, II.

leistung im Betriebe in zwei Rechtskreisen stehen soll, gewissermaßen mit der einen Hälfte in der faktischen, sozialen und öffentlich-rechtlichen Betriebsgemeinschaft, mit der anderen in dem vertraglichen und privatrechtlichen Bereich des Arbeitsvertrages als der „materiellen“ Folgen des Arbeitsverhältnisses. Ebensowenig wird dieser Volksgenosse verstehen, warum so wichtige Folgen der Arbeitsleistung, wie Lohn, Urlaub usw., von der Betriebsgemeinschaft dadurch getrennt werden, daß sie anderen rechtlichen Regeln unterworfen werden als die Fürsorge- und Gefolgschaftspflicht nach dem ArbOG. Die Volksfremdheit der Konstruktion der ungerechtfertigten Bereicherung im Arbeitsverhältnis wird unten (B) an Hand der Rechtsprechung näher dargelegt werden; dort wird ferner gezeigt werden, daß die sog. stillschweigende Vereinbarung oft eine künstliche Fiktion ist, von der die Beteiligten selbst überrascht sind. Daß Vereinbarungen geschlossen werden und geschlossen werden sollen, wird der Volksgenosse im Betrieb niemals bestreiten; er wird aber in den Vereinbarungen nicht die letzte Grundlage seiner Stellung im Betriebe, seiner Rechte und Pflichten sehen.

## B. Die Rechtsprechung

### I. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses und § 2 ArbOG.; insbesondere Fürsorgepflicht und Urlaubspflicht

Die allgemeinste und umfassendste gesetzliche Bestimmung über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses ist § 2 Abs. 2 ArbOG., die Grundnorm über Fürsorge- und Treupflicht. Es ist bestritten, ob diese Vorschrift unmittelbar für den Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses gilt und ob man daraus konkrete Einzelansprüche herleiten kann[10]). M. E. muß das unbedingt bejaht werden. Die praktische Bedeutung dieser Frage soll durch folgende Beispiele aus der Rechtsprechung näher aufgezeichnet werden.

1. Die erste Gruppe von Entscheidungen betrifft die Fürsorge- und Treupflicht des Unternehmers gegenüber langjährig Beschäftigten. In dem ersten Falle[11]) handelte es sich darum, ob ein Unternehmer verpflichtet war, einen langjährig Beschäftigten, der in der Krisenzeit von seiner Angestelltenstellung zu einer Arbeiterstellung im Betriebe herabgehen mußte, bei Neuschaffung und Neubesetzung von Angestelltenstellen bevorzugt zu berücksichtigen. Nach welchen Vorschriften sollte die Frage, ob der frühere Angestellte einen Anspruch auf solche bevorzugte Berücksichtigung hätte, entschieden werden? Tarifordnung und Betriebsordnung mußten hier natürlicherweise versagen. Auch eine Einzelvereinbarung konnte nicht festgestellt werden, noch nicht einmal eine „stillschweigende“ Vereinbarung. So blieb nur die Frage, ob ein solcher Anspruch unmittelbar aus gesetzlichen Bestimmungen hergeleitet werden konnte. Dabei mußte das Gericht geradezu auf § 2 Abs. 2 ArbOG. kommen, da eine andere Vorschrift nicht vorhanden gewesen wäre. Erfreulicherweise hat die Entscheidung diesen Weg auch eingeschlagen, und in den Gründen sind dabei die Bedenken gegen eine derartige Heranziehung und Konkretisierung des § 2 Abs. 2 ArbOG. mit folgenden Sätzen überzeugend widerlegt worden:

„Es kann daher nicht anerkannt werden, daß es den erhabenen Grundsatz der gegenseitigen Treue im Arbeitsrecht verkleinern hieße, wenn man unmittelbare materielle Ansprüche auf ihn gründen wollte. Die Treuepflicht ist ein Bestandteil der allumfassenden nationalsozialistischen Idee. Dieser Idee ist wesentlich der Totalitätsanspruch, d. h. ihr Ziel ist die Durchdringung des gesamten Lebens des Volkes wie des einzelnen Menschen als Glied des Volkskörpers. Der Nationalsozialismus begnügt sich dabei nicht mit einer bloßen Anerkennung seiner Idee als einer sittlichen Verpflichtung zu einer Gesamthaltung, sondern er verlangt substantielle Verwirklichung der Idee in jeder Lebensäußerung bis in die materiellen Verästelungen des Lebens hinein. Die Verwirklichung eines der Grundprinzipien des nationalsozialistischen Arbeitsrechts, nämlich die Treuepflicht, durch Konkretisierung im Wege der Rechtsprechung kann also nicht als Verkleinerung, sondern nur als geeignetes Mittel zur Erreichung der erstrebten Totalität angesehen werden. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet besteht keine Gefahr ungebührlicher Bevorzugung von Individualinteressen, weil die nationalsozialistische Idee als fundamentalsten Grundsatz das überall und für jeden Deutschen absolut geltende Gebot „Gemeinnutz vor Eigennutz“ in sich trägt, dem in jedem Falle der Rechtsanwendung Rechnung zu tragen ist, eine also in der anzuwendenden Idee selbst liegende Sicherung, die kein rechtsdogmatisches Mittel früherer Rechtskonstruktionen zu bieten vermag, ohne das Leben selbst zu hemmen. Eine Verkleinerung oder unerträgliche Belastung des ethischen Treuebegriffs kann daher in einer derartigen Konkretisierung durch die Rechtsprechung (jedenfalls vom nationalsozialistischen Standpunkt aus) nicht erblickt werden. Etwas anderes würde es allerdings sein, wenn behauptet worden wäre, daß ein derart fortgeschrittenes Stadium der Rechtsprechung vom Standpunkt der Staatsführung aus etwa mit Rücksicht auf den bisher erreichten Erziehungsgrad des schaffenden Volkes zur Zeit noch nicht erwünscht sei. Eine derartige Behauptung ist aber bisher noch von keiner Seite aufgestellt worden und würde auch nicht begründet sein, denn die Konkretisierung durch die Rechtsprechung selbst ist gerade ein hervorragendes Erziehungsmittel in diesem Sinne. Es bestehen daher keine Bedenken, die unmittelbaren Auswirkungen der Treue- und Fürsorgepflicht in der Arbeitsgerichtspraxis konkret anzuwenden.“

Ein anderer Fall der Fürsorge- und Treupflicht gegenüber langjährig Beschäftigten ist vom LArbG. Dortmund entschieden worden[12]). Bei der Beurteilung einer Kündigung hat das Gericht den Satz ausgesprochen, daß der Unternehmer sich aus seiner Treupflicht heraus bemühen muß, einen langjährig beschäftigten Arbeiter, der die bisherige schwerere Arbeit nicht mehr leisten kann, nach Möglichkeit an einer anderen Stelle im Betriebe mit leichterer Arbeit zu beschäftigen. Diese Verpflichtung kann sogar so weit gehen, daß der Unternehmer unter Umständen für ein langjährig beschäftigtes Gefolgschaftsmitglied einen geeigneten Arbeitsplatz dadurch freimachen muß, daß er einem erst kurze Zeit an dieser Stelle Beschäftigten kündigt. — Das Urteil hatte keine Veranlassung, die Frage nach der Rechtsgrundlage einer solchen Unternehmerpflicht näher zu untersuchen; es unterliegt aber wohl keinem Zweifel, daß allein § 2 Abs. 2 ArbOG. hier in Frage kommen kann[13]). Es würde sich daraus u. a. die Rechtsfolge ergeben, daß der Unternehmer dem Beschäftigten Lohn zahlen müßte, wenn dieser die schwerere Arbeit nicht mehr leisten kann, wenn der Unternehmer aber ihm eine leichtere Arbeit verschaffen konnte, es jedoch nicht getan hat. Ferner würde unter solchen Umständen einer fristlosen Kündigung seitens des Unternehmers der wichtige Grund fehlen, und eine befristete Kündigung würde unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sein[14]). — Als dritter Fall mag noch eine Entscheidung des ArbG. Berlin[15]) genannt werden, bei der es sich um die Fürsorgepflicht gegenüber einer schwangeren Beschäftigten handelte. Obwohl das Mutterschutzgesetz auf die vom Unternehmer ausgesprochene Kündigung nicht anwendbar war, hat das Gericht den Unternehmer aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht für verpflichtet erklärt, der Beschäftigten den Arbeitsplatz durch Zuweisung leichterer Arbeit zu erhalten, da nach Ansicht des Gerichts eine solche Möglichkeit bestand. Die Kündigung ist daher als unbillig hart bezeichnet worden.

Das RArbG.[16]) hat in einem ähnlichen Kündigungsfalle die Kündigung eines langjährig Beschäftigten für sittenwidrig und deshalb für nichtig erklärt (§ 138 BGB.). Der

[10]) Vgl. die Nachw. bei Siebert: DArbR. 1937, 46 ff.

[11]) Entsch. des ArbG. Gelsenkirchen: ArbRSamml. 27 (ArbG.), 93 ff.

[12]) ArbRSamml. 28 (LArbG.), 96.

[13]) So ausdrücklich wiederum ArbG. Gelsenkirchen in einem ganz ähnlichen Sachverhalt, vgl. DAF.-EntschSamml. 1937, 30, Folge 2.

[14]) Vgl. auch Hueck: ArbRSamml. 28 (LArbG.), 96 ff., Anm.

[15]) ArbRspr. 1937, 10; vgl. auch NS.-Sozialpolitik 1937, 118.

[16]) ArbRSamml. 26, 161.

beklagte Unternehmer hatte dem Kläger, der bei ihm seit 17 Jahren als Hauer beschäftigt gewesen war und sich bei dieser Arbeit die sog. Gesteinsstaublunge zugezogen hatte, nach sechswöchiger Krankheitszeit fristlos gekündigt, obwohl der Beschäftigte über Tage noch hätte arbeiten können. Das RArbG. hat bei seiner Entscheidung § 2 Abs. 2 zur Begründung der Sittenwidrigkeit herangezogen; als Grundlage etwaiger positiver Einzelpflichten brauchte diese Bestimmung hier nicht geprüft zu werden, das RArbG. hat aber erkennen lassen, daß es eine solche unmittelbare Geltung und Bedeutung des § 2 Abs. 2 nicht anerkennen könnte, wenngleich § 2 Abs. 2 das einzelne Arbeitsverhältnis „entscheidend beeinflusse".

2. Noch deutlicher hat das RArbG. die unmittelbare Geltung des § 2 Abs. 2 ArbOG. und seine „Tragfähigkeit" für konkrete Einzelansprüche abgelehnt in einer Entscheidung über die Urlaubspflicht[17]). Der beklagte Unternehmer hatte den Kläger jeweils bei Bedarf infolge Geschäftsandranges zur Vornahme von Änderungen an fertig verkauften Herrenbekleidungsstücken angestellt. Der Kläger war dann jeweils wieder unter Aushändigung seiner Papiere entlassen worden. — Um das Ergebnis vorwegzunehmen: die Verneinung einer Urlaubspflicht des Unternehmers, also die Abweisung der Klage, war hier aus den Umständen des Falles wohl gerechtfertigt, jedoch befriedigt die Begründung der Entscheidung nicht. Das Gericht suchte nach speziellen gesetzlichen oder tariflichen Bestimmungen, dann nach ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen. Alle diese Rechtsquellen versagten hier. Darauf hat das Gericht es ausdrücklich abgelehnt, § 2 Abs. 2 als mögliche Grundlage eines solchen Anspruchs anzuerkennen[18]).

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß diese ablehnende Auffassung lediglich auf das Bedenken zurückgeht, die unmittelbare Geltung des § 2 Abs. 2 ArbOG. könnte zu uferloser Ausdehnung der Pflichten des Unternehmers führen. Dieses Bedenken wäre nicht begründet: § 2 Abs. 2 soll die Pflichten des Unternehmers weniger erweitern als sie auf eine einfachere, natürlichere und klarere Grundlage stellen. In Wahrheit prüft der Richter in derartigen Fällen doch sogleich, was angemessen ist. Das Ergebnis dieser Prüfung soll dann nicht erst in einen stillschweigenden Parteiwillen gekleidet werden müssen, sondern § 2 Abs. 2 erstrebt und ermöglicht es, daß das „Angemessene" unmittelbar als objektiver Inhalt des Arbeitsverhältnisses zur Geltung kommt.

3. Aus der neuesten Rechtsprechung über die Treupflicht der Gefolgschaftsmitglieder seien folgende Fälle genannt:

Zu einem Urteil des ArbG. Berlin[19]) wird ausgeführt, daß ein Gefolgschaftsangehöriger aus seiner Treupflicht heraus einer durch die Verhältnisse des Betriebes plötzlich notwendig gewordenen anderen Arbeitseinteilung folgen muß. In dem Betriebe war ein Gefolgschaftsmitglied, das Nachtdienst hatte, plötzlich erkrankt. Nach seiner Persönlichkeit und seinen Kenntnissen kam für diesen Dienst sonst gerade nur noch ein anderer Beschäftigter in Betracht, wobei noch festgestellt wurde, daß dieser Beschäftigte ohne Schaden für seine Gesundheit den Nachtdienst hätte übernehmen können. Darin, daß der Beschäftigte sich gleichwohl geweigert hatte, ist vom Gericht eine zur Kündigung berechtigende Treupflichtverletzung erblickt worden.

Das LArbG. Bremen[20]) hat den Leitsatz aufgestellt, daß ein Angestellter, dem Schmiergelder angeboten worden sind, verpflichtet ist, ein solches Angebot klar und unzweideutig abzulehnen und die Sache seinem Betriebsführer anzuzeigen. Eine Verletzung dieser Pflicht rechtfertigt grundsätzlich die fristlose Entlassung des Beschäftigten. —

Auch in diesen Fällen wäre die Annahme stillschweigender vertraglicher „Nebenpflichten" gekünstelt und geradezu sinnwidrig. Die Treu- und Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis kann niemals nur eine vom Parteibelieben abhängige und gegenüber der Arbeitspflicht zusätzliche Pflicht sein, sondern die Treu- und Fürsorgepflicht ist die mit der Arbeitsleistung des Gefolgschaftsangehörigen im Betrieb notwendig verbundene Grundpflicht, aus der sich alle einzelnen Pflichten im Arbeitsverhältnis ableiten. Daß diese Grundpflicht nach allen Richtungen hin (Lohn, Urlaub, Arbeitspflicht, Gehorsamspflicht, sonstige Einzelpflichten) durch Vereinbarungen näher ausgestaltet, ergänzt und erweitert werden kann, ist selbstverständlich. Aus allen hier berichteten Entscheidungen ergibt sich aber, daß die Rechtsprechung den § 2 Abs. 2 braucht, daß sie mit ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, mit Betriebsordnungen, Tarifordnungen und mit den §§ 611 ff. BGB. nicht auskommt.

## II. Umgehungs- und Scheingeschäfte

Ein weiteres Gebiet, in dem die unmittelbare Bedeutung der Arbeitsleistung im Betrieb besonders sichtbar wird, stellen die Umgehungs- und Scheingeschäfte dar. Hier erkennen die Gerichte schon weitgehend an, daß nicht die Vereinbarungen, sondern die wirkliche Stellung des Beschäftigten im Betriebe für Inhalt und Wirkungen des Arbeitsverhältnisses entscheidend sein müsse.

1. Als erstes Beispiel hierfür mag der „Tankwartfall" erwähnt werden[21]). Hier fragte es sich, ob die gesetzlichen und tariflichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere die Bestimmungen über den Arbeitsschutz, dadurch umgangen werden könnten, daß die Tankwarte eines Unternehmens sich zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen und dann als Gesellschaft dem Unternehmer gegenübertraten und mit ihm Vereinbarungen trafen. Das RArbG. hat zutreffend darauf abgestellt, ob die Tankwarte nach der Art und den Umständen ihrer Tätigkeit, insbesondere nach dem Grade ihrer Gehorsamspflicht, in ihrer früheren Stellung verblieben waren. Wenn dies bejaht werden müßte, so könne es auf die Vereinbarung nicht ankommen[22]).

2. Ein anderer vom LArbG. Dortmund[23]) entschiedener Fall führt gleichzeitig in das Problem des sog. mittelbaren Arbeitsverhältnisses, das hier jedoch nicht näher behandelt werden soll. Das LArbG. hatte das Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber einer Brotfabrik, seinen Brotkutschern und denjenigen Beifahrern zu entscheiden, die von den Brotkutschern in Dienst genommen waren. Die Gerichte bemühen sich in derartigen Fällen seit langem mit Recht, unmittelbare Rechtsbeziehungen auch zwischen den „mittelbar" Beschäftigten, hier also den Beifahrern, und dem „Hauptunternehmer" zu begründen. Im vorliegenden Falle handelte es sich darum, ob der Inhaber der Brotfabrik den Beifahrern Tariflohn zu zahlen verpflichtet war. Das LArbG. bemühte sich nun zunächst, im Wege der Auslegung der Vereinbarungen nach den §§ 157, 133 BGB. festzustellen, daß solche unmittelbaren Rechtsbeziehungen zustande gekommen waren. Wie die Urteilsgründe zeigen, wurde aber schließlich als entscheidend angesehen, daß ja auch die Beifahrer unmittelbar in dem Betriebe des Unternehmers mit dessen Einverständnis Arbeit geleistet hatten.

3. Eine besondere Gruppe von Fällen stellen diejenigen Entscheidungen dar, die sich mit Lehrlings- und Vo-

[17]) ArbRSamml. 23, 170 ff. = RArbG. 15, 46 ff. = JW. 1935, 1805. Gegen diese Entscheidung: Siebert: Dtsch. Gemein- u. Wirtschaftsrecht 1935, 7 ff. und NS.-Sozialpolitik 1936, 331 ff.

[18]) Von dieser Auffassung aus hat das RG. in einem Trinkgeldfall eine Pflicht des Unternehmers zur Rechnungslegung auch nur aus § 611 Abs. 1 Satz 2 als Teil der Lohnzahlungspflicht zu begründen vermocht; vgl. ArbRSamml. 27, 69 ff. Andererseits ist in der Entsch. ArbRSamml. 26, 115 ein Anspruch auf Verschaffung von Ruhegeld nicht nur aus dem Anstellungsvertrag, sondern „auch" aus der Treupflicht des Unternehmers abgeleitet worden.

[19]) ArbRspr. 1937, 16; vgl. auch NS.-Sozialpolitik 1937, 119.

[20]) ArbRSamml. 29 (LArbG.), 40 ff.

[21]) ArbRSamml. 27, 9.

[22]) Im ArbRSamml. 28, 343 hat das RArbG. in Bestätigung seiner früheren Rechtsprechung solche aufeinanderfolgenden festbegrenzten Arbeitsverträge, die den gesetzlichen Kündigungsschutz umgehen sollen, für nichtig erklärt. Die zutreffende Folgerung, daß dann ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer vorliegt, kann aber schon nicht mehr auf der Grundlage eines Vertrages begründet werden.

[23]) ArbRSamml. 28 (LArbG.), 41 ff.

Volontärverhältnissen beschäftigen. Hier zeigt sich m. E. besonders deutlich, daß die Stellung und Leistung des Beschäftigten im Betriebe nicht rein faktisch im Sinne der früheren Auffassungen gesehen werden darf.

Die Rechtsprechung bemüht sich mit Recht, solche Volontärverträge zu verhindern, die zur Umgehung von Lohnfestsetzungen in Betriebs- und Tarifordnungen geschlossen werden. Das RArbG. hat in mehreren Entscheidungen betont, das wesentliche Merkmal des Volontärvertrages bestehe darin, daß dem Volontär in dem Betriebe Gelegenheit geboten werden solle, unter Anleitung seine Fachausbildung durch Erweiterung und Vertiefung seiner Kenntnisse zu vervollkommnen. „Der Volontärvertrag muß demnach von dem Ausbildungszweck beherrscht sein, ohne daß jedoch eine geregelte Fachausbildung beabsichtigt sein dürfte"; die Vergütung dürfe nur eine Belohnung, nicht eine Entlohnung darstellen[24]). In dem zuletzt unter diesen Gesichtspunkten entschiedenen Sachverhalt hatte aber die Arbeitsleistung des Klägers durchaus im Vordergrunde gestanden, so daß hier ein Arbeitsverhältnis gegeben war.

Bedenklich ist dagegen eine Entscheidung über die Rechtslage eines Beschäftigten nach Ablauf der Lehrzeit[25]). Hier ist das RArbG. m. E. der besonderen Stellung des Lehrlings und damit der Eigenart des Jugendarbeitsrechts nicht gerecht geworden, wenn es folgende Grundsätze aufgestellt hat:

1. Für die Frage, ob ein dem Tarif unterliegendes Gehilfenverhältnis oder ein wirkliches Volontärverhältnis vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob der Unternehmer den Gefolgsmann als Gehilfen oder Lehrling einstellen wollte, sondern allein darauf, welche Arbeit der Gefolgsmann geleistet hat.

2. Der Lehrvertrag verwandelt sich durch Ablauf und Weiterbeschäftigung des Lehrlings nicht zwangsläufig in einen Gehilfenvertrag. Steht die Fortbildung des Lehrlings weitaus im Vordergrund und wird er überhaupt nicht mit Gehilfenarbeit beschäftigt, so liegt ein echtes Volontärverhältnis vor. Das schließt nicht aus, daß er im einzelnen Arbeiten herstellt, die einer Gehilfenarbeit gleichkommen und gewinnbringend verwertet werden. Es darf nur nicht seine Gesamtleistung derart sein, daß sie die Leistung eines Gehilfen ersetzt, so daß die geringe Entlohnung der Tarifumgehung dienen würde.

Diese Grundsätze sind m. E. deshalb nicht unbedenklich, weil sie im Bereiche des Jugendarbeitsrechts zu sehr auf den äußeren Tatbestand der Arbeitsleistung abstellen. Wesentlich für die Rechtsstellung des Lehrlings ist aber der Erziehungs- und Ausbildungszweck. Und zwar ist dieser Zweck — um der besonderen Persönlichkeit des Jugendlichen willen — so ausgeprägt, daß Erziehung und Ausbildung das Wesen des ganzen Rechtsverhältnisses entscheidend bestimmen[26]). Dann aber kann eine gleichbleibende Tätigkeit nach Ablauf des Lehrverhältnisses für sich allein niemals entscheidend sein. Aber auch die Fortdauer einer gewissen Ausbildung vermag durchaus nicht ohne weiteres zum Fortbestehen eines Lehrlingsverhältnisses oder eines lehrähnlichen Verhältnisses zu führen. Eine gewisse Ausbildung ist bei den meisten Arbeitsverhältnissen vorhanden; bei dem Jugendlichen aber ist die Ausbildung untrennbar verbunden mit dem Erziehungsgedanken, und gerade diese besondere Erziehungspflicht beherrscht das Lehrverhältnis und gibt ihm das entscheidende Gepräge. Nach Ablauf des Lehrverhältnisses fällt dieser besondere Erziehungsgedanke fort, und damit ist notwendig auch eine erhebliche Wandlung des Ausbildungsgedankens verbunden. Dann aber geht es nicht an, aus der gleichbleibenden äußeren Tätigkeit und aus einer gewissen Fortbildung ein Rechtsverhältnis abzuleiten, das noch nach den Grundsätzen des Jugendarbeitsrechts zu behandeln wäre[27]).

## III. Lohnwucher

Die Abkehr von dem bisherigen Vertragsgedanken und die unmittelbare Verwertung des natürlichen Tatbestandes der Arbeitsleistung im Betrieb scheint mir besonders notwendig in den immer noch vorkommenden Fällen des Lohnwuchers. Wenn ein so geringer Lohn vereinbart worden ist, daß die Vereinbarung als wucherische Ausbeutung der Arbeitskraft des Beschäftigten gegen die guten Sitten verstößt, so ist eine solche Vereinbarung sicherlich nichtig (vgl. § 138 Abs. 2 BGB.). Die Rechtsprechung geht nun in derartigen Fällen dahin, daß der Bewucherte einen Anspruch auf angemessene Bezahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) und regelmäßig auch aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB.) habe[28]). Diese Begründung halte ich aus mehreren Gründen für unbefriedigend.

1. Der Anspruch aus unerlaubter Handlung würde als Schadensersatzanspruch voraussetzen, daß der Beschäftigte ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Unternehmers einen angemessenen Lohn verdient haben würde. Das aber wird in den Fällen der Notlage usw., wie sie bei den Wuchertatbeständen vorliegen, nicht immer unzweifelhaft sein[29]).

2. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung mag in der Höhe dem wirklich angemessenen Lohn wohl gleichkommen; auch ein Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3), der den Anspruch illusorisch machen würde, wird in derartigen Fällen kaum denkbar sein. Wohl aber ist der Anspruch aus § 812 in jedem Falle schlechter und schwächer als ein echter Lohnanspruch insofern, als er nicht den besonderen Lohnschutz genießt.

3. Vor allem aber spricht gegen die Konstruktion der ungerechtfertigten Bereicherung, daß sie mit dem wahren Wesen des Arbeitsverhältnisses schlechterdings unvereinbar ist. Die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung stellen einen Ausgleich bei fehlendem Rechtsgrund dar. Ist aber ein Arbeitsverhältnis überhaupt entstanden, so liegt der Rechtsgrund in der Ordnung des Betriebes, d. h. unmittelbar in der geleisteten Arbeit. Es bedarf daher keines korrigierenden Ausgleichs. Damit wird besonders deutlich, welche praktische Folge es hat, wenn der Arbeitsvertrag nicht die Grundlage, sondern ein Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses ist: fällt eine solche Vereinbarung weg, so entsteht eben kein Vakuum, das einer künstlichen Ausfüllung bedürftig wäre; auch § 139 BGB. mit seiner Bestimmung über Teilnichtigkeit braucht nicht herangezogen zu werden. Vielmehr ist ja Arbeit in einem Betriebsgemeinschaftsverhältnis geleistet, es besteht also ein Arbeitsverhältnis, und dann gibt es keine Lücken in seinen Wirkungen, weil letzten Endes immer § 2 Abs. 2 ArbOG. als gesetzliche Grundnorm eingreift und die künstliche Hilfskonstruktion der ungerechtfertigten Bereicherung überflüssig macht. Das ist eine starke Sicherung für alle am Arbeitsverhältnis Beteiligten und eine unmittelbare rechtliche Verwirklichung des gesunden Satzes, daß jeder Arbeiter seines Lohnes wert ist.

Es muß auch noch besonders betont werden, daß hier der Grundgedanke der ungerechtfertigten Bereicherung materialistisch und einseitig ist: weil der Unternehmer den wirtschaftlichen Wert der Arbeit erhalten hat, deshalb soll er so viel zahlen, wie diese Arbeit für ihn wert war. Dem Wesen der Arbeit und dem Wert der Arbeit entspricht aber allein die Erwägung, daß der Unternehmer deshalb verpflichtet ist, weil ein Volksgenosse in seinem Betriebe gestanden und gearbeitet hat! Dem Volksgenossen ist dann die Arbeit zu bezahlen nach dem, was dieser Volksgenosse dafür im besten Sinne des Wortes verdient hat.

---

[24]) ArbRSamml. 25, 124, unter Wiedergabe der früheren Rspr.

[25]) ArbRSamml. 27, 76.

[26]) Vgl. Siebert: „Das Junge Deutschland" 1936 Heft 2 S. 1 ff. und AkadZ. 1936, 1017 ff. — Aus der Rspr. vgl. jetzt bes. entschieden LArbG. Dortmund: ArbRSamml. 29 (LArbG.), 21 ff.; die Entsch. hätte allerdings bei ihren Folgerungen nicht von Nichtigkeit, sondern von Fehlerhaftigkeit des Lehrverhältnisses sprechen müssen, weil hier Schadensersatzansprüche über das Deliktsrecht hinaus gegeben sein müssen. Vgl. auch die Anm. von Hueck.

[27]) Übereinstimmend Weißleder: „Das Junge Deutschland" 1936 Heft 6 S. 11 ff.; Heft 9 S. 36 ff. A. M. Bertermann: Dtsch. Gem.- u. WirtschR. 1937, 30.

[28]) RArbG.: ArbRSamml. 25, 183 ff. — Dies gilt natürlich nur, wenn, wie in dem berichteten Tatbestand, keine Tarif- oder Betriebsordnung vorliegt.

[29]) Vgl. auch Hueck: ArbRSamml. 25, 189 f., Anm.

## IV. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot; insbesondere Verstoß gegen Arbeitsschutz- und Arbeitseinsatzbestimmungen

1. Aus dem Arbeitsschutzrecht ist zunächst eine Entscheidung des RArbG. über die Lohnzahlungspflicht bei gesetzlich verbotener Überarbeit zu nennen[30]). In den Gründen des Urteils, das die Lohnzahlungspflicht bejaht, heißt es:

„Ferner steht dem Klageanspruch nicht entgegen, daß es sich bei der in Rede stehenden Überarbeit nach Annahme des Berufungsgerichts um eine gesetzlich verbotene gehandelt hat. Auch für solche ohne rechtsgültige Arbeitsverpflichtung geleistete Arbeit ist dem Arbeiter in der Rechtsprechung von jeher unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung des Arbeitsempfängers (§ 812 BGB.) und auf Grund eines aus § 611 BGB. hergeleiteten allgemeinen Grundsatzes, daß jede einem Dritten mit dessen Zustimmung geleistete Arbeit angemessen zu entlohnen ist, regelmäßig die tarifmäßige Vergütung unter tarifmäßigen Bedingungen als die angemessene zugesprochen worden. Das entspricht auch der jetzt im § 2 Abs. 2 ArbOG. besonders hervorgehobenen Pflicht des Führers des Betriebes, für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen."

Das RArbG. bejaht die Lohnzahlungspflicht genau genommen also aus drei Rechtsgründen: In erster Linie aus ungerechtfertigter Bereicherung, sodann aus § 611 BGB. und schließlich aus § 2 Abs. 2 ArbOG.

Wenn aber in einem Betriebe Arbeit geleistet worden ist, dann ist für die ungerechtfertigte Bereicherung grundsätzlich kein Raum; das ist schon oben näher ausgeführt worden. Der Hinweis auf § 611 BGB. paßt deshalb nicht, weil § 611 ganz offenbar von einer Vereinbarung als Rechtsgrundlage ausgeht; daran fehlt es aber gerade in dem vorliegenden Falle wieder[31]). So bleibt nur der Hinweis auf § 2 Abs. 2, der hier wieder deutlich die Bestätigung eines ohnehin natürlichen und geradezu selbstverständlichen Satzes bedeutet. Es sei nur noch besonders betont, daß ungerechtfertigte Bereicherung und Erfüllung einer Fürsorgepflicht begrifflich und wesensmäßig einander ausschließen.

2. Auch bei einem Verstoß gegen Arbeitseinsatzvorschriften steht man allgemein auf dem Standpunkt, daß in derartigen Fällen, etwa bei mangelnder Genehmigung des Arbeitsamtes, gemäß § 134 BGB. Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses eintritt, und daß dann Entgeltsansprüche allenfalls aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen können[32]).

Diese Auffassung scheint mir unvereinbar sowohl mit dem Sinn der Arbeitsschutz- und Arbeitseinsatzvorschriften wie mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Die Anwendung derartiger Vorschriften soll sicherlich nicht dazu führen, daß der Arbeiter um seinen Lohnanspruch gebracht wird. Das richtige Ergebnis ist vielmehr, daß das Arbeitsverhältnis jederzeit lösbar ist und daß sich die Beteiligten vielleicht strafbar machen. Das Arbeitsverhältnis ist also fehlerhaft. Wenn und solange aber Arbeit geleistet worden ist, gibt es eine Fürsorge- und Lohnzahlungspflicht genau so, wie auf der anderen Seite eine Treupflicht des Beschäftigten besteht. Es wäre ja auch ein merkwürdiges Ergebnis, wenn die Anwendung der Schutzvorschriften dazu führen würde, daß der Arbeiter keinen Lohnanspruch, sondern den sehr viel schlechteren Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hätte. Rechtlich liegt die Sache m. E. auch hier wieder so, daß die Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis der Rechtsgrund ist, so daß ohne weiteres echte Lohnansprüche entstehen. Anders wird man nur da zu entscheiden haben, wo kein Arbeitsverhältnis entstehen konnte, z. B. bei unsittlicher, hochverräterischer Arbeit usw., denn hier kann von einem personenrechtlichen Verhältnis nicht die Rede sein.

## V. Betriebsübergang und Identität des Unternehmens

1. Die Grundauffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses äußert wichtige Folgen auch bei der sog. Übertragung des Arbeitsverhältnisses, d. h. im Falle des Übergangs des Betriebes auf einen anderen Unternehmer. Solange der Vertrag die entscheidende Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist, kann man hier nur mit stillschweigendem Eintritt in die Arbeitsverhältnisse, d. h. mit stillschweigender Abtretung der Ansprüche und stillschweigender Übernahme von Pflichten und notfalls mit Kündigung der Arbeitsverhältnisse arbeiten. Sieht man dagegen in der Arbeitsleistung des Beschäftigten im Betrieb den Grundtatbestand des Arbeitsverhältnisses, so wird man bei einem Wechsel des Unternehmers grundsätzlich zu einer Rechtsnachfolge kraft Gesetzes kommen müssen[33]).

Hierzu bedarf eine Entscheidung des LArbG. Dortmund[34]) besonderer Hervorhebung. Dort heißt es:

„Auch die Tatsache, daß es nach dem bisherigen Recht zum mindesten eines stillschweigenden Einverständnisses des alten und neuen Betriebsinhabers und des Angestellten zu dem Wechsel des Arbeitgebers bedurfte, kann nach den heutigen Rechtsanschauungen allein nicht eine Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber bei Übergang des Betriebes auf einen anderen rechtfertigen. Ob das Arbeitsverhältnis durch Abschluß eines Arbeitsvertrages begründet wird, oder nur durch Eingliederung in den Betrieb, ist für diese Frage ohne Belang. Jedenfalls hat der Arbeitsvertrag für das Wesen des heutigen Arbeitsverhältnisses nicht mehr die Bedeutung, daß man bei Übergang des Betriebes auf einen anderen Inhaber auf alle Fälle das Vertragsverhältnis aus rein formalen Gründen kündigen müßte, nur damit der alte Betriebsinhaber seiner Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ledig wird und der neue an seine Stelle treten kann. Werden nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, sondern ein Unternehmen oder ein Betrieb als solcher übernommen, so tritt der Übernehmer vielmehr ohne weiteres in die dem Führer des Betriebes obliegenden Pflichten und damit auch in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein, es sei denn, daß er ausdrücklich sich die Auswahl der zu übernehmenden Gefolgschaftsmitglieder vorbehält oder die nicht zu übernehmenden bezeichnet. Diese Erklärung wird nicht nur gegenüber dem alten Betriebsinhaber, sondern auch gegenüber den Gefolgschaftsmitgliedern ausgesprochen werden müssen. Auch in diesem Falle ist aber noch zu prüfen, ob nicht der neue Betriebsinhaber ohne Grund die Übernahme der bisherigen Gefolgschaftsmitglieder abgelehnt und der alte Betriebsinhaber keinen Versuch gemacht hat, diese Übernahme der Angestellten und Arbeiter bei Überlassung des Betriebes zu erwirken. Denn der Arbeitgeber muß sich auf Grund der ihm obliegenden Treu- und Fürsorgepflicht bei der Übertragung des Betriebes für die Weiterbeschäftigung seiner bisherigen Angestellten und Arbeiter soweit wie eben möglich einsetzen" [35]).

Widersprochen werden muß dem Urteil nur in dem Punkte, wo es heißt: „Ob das Arbeitsverhältnis durch Abschluß eines Arbeitsvertrages begründet wird oder nur (!) durch Eingliederung in den Betrieb, ist für diese Frage ohne Belang." Einmal ist diese Gegenüberstellung mißverständlich,

---

30) ArbRSamml. 28, 56 ff.

31) Auch die einfache Heranziehung von § 612 BGB. würde nicht anders zu werten sein. § 612 enthält wohl den Gedanken, daß jeder Arbeiter seines Lohnes wert ist; jedoch ist dieser Gedanke dort noch verdeckt und verbrämt durch die Konstruktion der stillschweigenden oder fingierten Vereinbarung. Diese Konstruktion ist aber eben unnatürlich und überflüssig.

32) Vgl. z. B. LArbG. Essen: ArbRSamml. 25 (LArbG.), 177, wo ein noch nicht 25 Jahre alter Volksgenosse ohne Zustimmung des Arbeitsamtes eingestellt worden war.

33) Es sei hierzu nur bemerkt, daß wir ohnehin die Übertragung des Unternehmens in erster Linie als einen personenrechtlichen Vorgang ansehen müssen, während man bisher mehr oder weniger ausschließlich an den Erwerb der zu dem Betrieb gehörenden Sachen und Rechte sowie an die Haftung für die Schulden dachte. Vgl. dazu Giesecke, „Deutscher Juristentag 1936" S. 63 f.

34) ArbRSamml. 27 (LArbG.), 52 ff.

35) Das Urteil weist übrigens gleichzeitig zutreffend darauf hin, daß diese Entscheidung nicht mehr auf § 613 Abs. 2 BGB. gegründet werden kann.

da sie nicht erkennen läßt, daß die Eingliederung doch auch eine Willensübereinstimmung voraussetzt, und somit gegenüber dem „Vertrag" der umfassendere Tatbestand ist. Vor allem aber zeigt das Urteil in seiner Begründung selbst, daß die Frage: Vertrag oder Arbeit in einer Betriebsgemeinschaft von entscheidender Bedeutung ist: auf dem Boden der Vertragskonstruktion erscheint das erzielte Ergebnis als eine schwer zu begründende Ausnahme, nach der Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis ist es eine natürliche Folge.

2. Für die Berechnung des Urlaubsanspruchs und für die Kündigung (Voraussetzung der Widerrufsklage, Kündigungsfrist, Höhe der Abgangsentschädigung) kommt es oft auf die Dauer der Beschäftigung im gleichen Betrieb an. Auch hier muß als Grundlage gelten, daß die Identität eines Betriebes vom Unternehmerwechsel und von der Änderung der Rechtsform des Unternehmens grundsätzlich unabhängig ist [36]).

## VI. Die Rechtsstellung des Minderjährigen im Betrieb

Abschließend soll noch das Arbeitsverhältnis des Minderjährigen im Betrieb kurz behandelt werden, weil sich hier noch einmal die verschiedenen Folgen der in Wahrheit keineswegs so völlig theoretischen Meinungsverschiedenheiten über Arbeitsverhältnis, Arbeitsvertrag und Betriebsgemeinschaft zeigen.

Wenn der Minderjährige ohne Einwilligung, Ermächtigung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters in einen Betrieb gegangen ist und dort gearbeitet hat, so ergibt sich nach der h. M. folgende Rechtslage: Der Minderjährige steht zwar in der Betriebsgemeinschaft, ist also Gefolgschaftsangehöriger mit allen Rechten und Pflichten; der vertragliche Teil seiner Rechtsstellung ist aber nichtig. D. h. der Minderjährige hat keine materiellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, also z. B. keinen echten Lohnanspruch, keinen Urlaubsanspruch, keinen Anspruch auf „vertragliche Fürsorge". Der Minderjährige ist auch nicht vertraglich, wohl aber öffentlich-rechtlich zur Treue verpflichtet! Ausnahmsweise können dann materiell-rechtliche Ansprüche gegeben sein, wenn eine Tarifordnung oder Betriebsordnung eingreift, denn deren Regeln können, wie vielfach anerkannt wird, auch für den ohne gültigen Arbeitsvertrag arbeitenden Minderjährigen gelten.

Eine derartige Zerreißung der Rechtsstellung des Beschäftigten im Betrieb in einen öffentlich-rechtlichen und einen vertraglichen Bereich, die völlig verschiedenen Rechtsregeln unterliegen, erweist sich m. E. im Falle des Minderjährigen als besonders unbillig und geradezu unmöglich. Und zwar sind es hier noch einige besondere Gründe, die zu den obigen grundsätzlichen Ausführungen hinzukommen:

1. Die Anwendung der Vorschriften des BGB., die dem Schutz des Minderjährigen dienen sollen, wirkt sich hier praktisch ganz klar zuungunsten des Minderjährigen aus, denn sie bringt ihn um seinen Lohnanspruch.

2. Indem man die Geltung der öffentlich-rechtlichen Seite des Betriebszugehörigkeitsverhältnisses anerkennt, gibt man bereits zu, daß die §§ 106 ff. BGB. hier nicht passen. Wie will man es dann rechtfertigen, die natürlichen und praktisch so wichtigen Folgen der Arbeitsleistung, wie Lohn- und Urlaubsanspruch, nach ganz anderen Regeln zu behandeln, indem man sich hier ohne weiteres und unbeschränkt dem BGB. unterwirft? Mit welchem Sinn soll insbesonders eine öffentlich-rechtliche Treupflicht des Minderjährigen (nach § 2 ArbOG.) für gültig, eine privatrechtlich-vertragliche Treupflicht für nichtig erklärt werden?

3. Dadurch, daß die h. M. bei einer Regelung durch Tarif- oder Betriebsordnung das Entstehen echter Lohnansprüche anerkennt, verwickelt sie sich m. E. in schwere Widersprüche. Es wird damit nämlich zugegeben, daß die Stellung des ohne gesetzliche Ermächtigung im Betrieb arbeitenden Minderjährigen es keinesfalls etwa grundsätzlich ausschließt, daß ihm auch materiell-rechtliche Ansprüche zustehen. Womit soll es aber dann gerechtfertigt sein, daß dieser Minderjährige nur dann solche Ansprüche hat, wenn ihm gerade eine Tarif- oder Betriebsordnung zu Hilfe kommt?

Die richtige Lösung kann — m. E. schon nach geltendem Recht — nur die sein: Das Arbeitsverhältnis eines solchen Minderjährigen ist insofern fehlerhaft, als es jederzeit von beiden Seiten, auch von dem gesetzlichen Vertreter fristlos gelöst werden kann; ferner ist zur Geltendmachung der dem Minderjährigen zustehenden Ansprüche allein der gesetzliche Vertreter befugt. Im übrigen aber äußert dieses Arbeitsverhältnis, solange es besteht, im wesentlichen die gleichen Folgen wie ein völlig wirksames Arbeitsverhältnis. Es muß also auch hier die Vorstellung der Nichtigkeit durch den Begriff der Fehlerhaftigkeit überwunden werden. De lege ferenda ist eine Klarstellung im Sinne dieser Ergebnisse zu fordern, wobei ich die Einführung des Ausdrucks „Arbeitsmündigkeit" im Sinne einer für das Arbeitsrecht wirklich passenden Geschäftsfähigkeit vorgeschlagen habe [37]).

## VII. Zur Rangordnung der einzelnen Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses

1. Ein Beispiel für die Auswirkung des Rangverhältnisses zwischen Gesetz, Tarifordnung und Einzelvereinbarung ist die so wichtige Frage nach Verzicht und Verwirkung bei tariflichen Ansprüchen. Der Verzicht ist rechtlich ein Erlaßvertrag, er gehört jedenfalls zur Einzelvereinbarung. Eine solche Vereinbarung ist aber während des Arbeitsverhältnisses vom RArbG. mit Recht für unzulässig erklärt worden, weil ihr die Unabdingbarkeit der „autoritären" Tarifordnung entgegensteht [38]). Zweifelhaft ist höchstens, ob nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Erlaßvertrag wieder zulässig wird. Das RArbG. hat das bejaht [39]); es bestehen allerdings dagegen wohl doch sehr erhebliche Bedenken.

Bleiben wir aber bei der Rechtslage während des Arbeitsverhältnisses. Man hat hin und wieder gemeint, wenn ein Erlaßvertrag unzulässig sei, könne auch eine Verwirkung wegen unbilliger Verzögerung in der Geltendmachung der Tariflohnansprüche nicht zulässig sein. In der Rechtsprechung des RArbG. ist dagegen, und zwar mit Recht, gerade in letzter Zeit die grundsätzliche Zulässigkeit einer Verwirkung ausgesprochen worden, trotz Unzulässigkeit eines Verzichts [40]). Das ist deshalb richtig, weil die Verwirkung auf Gesetz beruht, nämlich auf § 242 BGB. oder, wie man richtiger sagen sollte, auf den Bestimmungen des ArbOG. über Sinn und Wirkungen der Betriebsgemeinschaft. Diese gesetzlichen Bestimmungen gehen aber ihrerseits der Tarifordnung vor. D. h. also: die Tarifordnung kann sich nicht über die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft hinwegsetzen, vielmehr gilt auch die Tarifordnung nur im Rahmen der ranghöheren gesetzlichen Bestimmungen über „Treu und Glauben", d. h. hier über Gemeinschaft, Arbeitsehre, Treue und Leistung im Betrieb.

Dieses zunächst mehr formal-rangmäßig begründete Ergebnis ist aber auch sachlich gerechtfertigt und sinnvoll. Die Unzulässigkeit eines Erlaßvertrages hat den Sinn, eine Ausschaltung des Tarifrechts durch Parteiwillen unmöglich zu machen. Das schließt aber nicht aus, daß bei einem besonders gelagerten Tatbestand im Einzelfall wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft ein Anspruch auf Tariflohn abgewiesen werden kann. Darin liegt keine Entwertung der Tarifordnung, sondern eine einfache Bestätigung dessen, daß die Tarifordnung als Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses sich auch sachlich nur innerhalb der Grundgesetze über den Inhalt der nationalsozialistischen Arbeitsordnung auswirken kann und auswirken will.

Noch eine praktische Bemerkung hierzu: Es ist klar, daß man mit der Annahme einer Verwirkung rein tatbestandlich

---

[36]) In diesem Sinne haben mehrere Gerichte bereits entschieden. Für die Berechnung der Urlaubsdauer liegt sogar schon eine ständige Rechtsprechung vor. Vgl. z. B. LArbG. Hamburg: ArbRSamml. 25 (LArbG.), 25 ff.; LArbG. Duisburg: ArbRSamml. 28 (LArbG.), 169 ff.

[37]) Vgl. „Arbeitsverhältnis" S. 114 ff. und „Dtsch. Rechtswissenschaft" 1936, 222 ff.

[38]) ArbRSamml. 24, 93 ff.; seitdem ständige Rechtsprechung.

[39]) ArbRSamml. 26, 242 ff.

[40]) Vgl. z. B. RArbG.: JW. 1936, 2492 mit Anm. von Siebert.

sehr vorsichtig sein muß, weil die Verwirkung eines Tariflohnanspruches naturgemäß immer nur ein ganz besonderer Ausnahmefall sein kann. Das ist in der Rechtsprechung auch mit aller Klarheit zum Ausdruck gekommen[41]).

2. Auf weitere Beispiele für Rangfragen zwischen Gesetz, Tarifordnung, Betriebsordnung usw. kann hier nicht mehr eingegangen werden. Es sei nur noch verwiesen auf die in letzter Zeit mehrfach behandelte Frage, ob und wie weit in Betriebsordnungen für tarifliche Ansprüche, die den allgemeinen Verjährungsbestimmungen unterliegen, Verwirkungsklauseln aufgenommen werden dürfen. Das RArbG. hat die Zulässigkeit derartiger Klauseln grundsätzlich bejaht, weil sie nicht den Inhalt der tariflichen Ansprüche, sondern nur deren Geltendmachung beträfen[42]).

### C. Arbeitsverhältnis und Rechtssystem

#### I. Ergebnisse

Überblickt man die hier mitgeteilten Entscheidungen, so ergibt sich im ganzen etwa folgendes Bild:

Die Rechtsprechung hat den Boden der reinen Vertragsauffassung schon weitgehend verlassen. Auch dort, wo sie ihre Ergebnisse noch durch Beweisführungen aus der alten Vertragslehre zu stützen versucht, geht sie in Wahrheit doch schon vielfach von der Arbeitsleistung im Betriebe aus, zu der sich die Beteiligten durch freie Einigung verbunden haben. In diesem gemeinschaftsrechtlichen Tatbestand wird dann mit Recht die entscheidende Rechtsgrundlage erblickt.

Die Ergebnisse der einzelnen Entscheidungen und ihre Begründungen rechtfertigen sodann noch folgende Feststellungen:

1. Bei den Meinungsverschiedenheiten über die Natur des Arbeitsverhältnisses handelt es sich nicht um einen Theorienstreit, sondern um eine Angelegenheit von erheblicher praktischer Bedeutung. Das gilt auch für die Fälle, wo die Ergebnisse übereinstimmen, denn es ist nicht nur für den Rechtswahrer, sondern auch für den rechtsuchenden Volksgenossen keinesfalls gleichgültig, wie ein Urteil begründet wird.

2. Alle Urteile zeigen, daß die Abkehr von der Vertragsgrundlage keinesfalls zu einer Überspannung der Pflichten und Rechte aus dem Arbeitsverhältnis führt, wie es bisweilen befürchtet worden ist; die Betriebsgemeinschaft wird auch nicht „juristische Person“, das pflichtgebundene Eigentum des Unternehmers wird nicht beseitigt, kurz, alle rechtspolitischen Bedenken, die im Laufe der Zeit — übrigens meist aus Mißverständnissen — aufgetaucht sind, werden durch die Praxis selbst widerlegt. Es zeigt sich vielmehr in aller Deutlichkeit, daß der deutsche Arbeitsrichter in besonderem Maße zur unmittelbaren Entfaltung und Gestaltung der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mitberufen ist.

3. Die Abkehr von der Vertragsgrundlage führt keinesfalls zu einer willens- und persönlichkeitsfeindlichen Entwertung der Vereinbarungen im Arbeitsrecht überhaupt. An der konstitutiven Bedeutung der Willenseinigung für die Begründung des Arbeitsverhältnisses wird nicht gerüttelt; nur ist diese Einigung nicht das einzige Tatbestandsstück des Begründungsvorganges. Für die inhaltliche Ausfüllung des Arbeitsverhältnisses rückt die (gestaltende) Vereinbarung an die Stelle, die ihr bei einer natürlichen Betrachtungsweise der Leistungsgemeinschaft im Betriebe zukommt. —

Diese Feststellung führt über das Arbeitsrecht weit hinaus. Die hier geschilderte Wandlung begegnet uns nämlich nicht nur im Arbeitsverhältnis, sondern sie führt zu einer Grundfrage für die rechtssystematische Erfassung der Stellung der Volksgenossen untereinander.

#### II. Vertrag und personenrechtliche Gemeinschaft

1. Der Grundgedanke unseres neuen Rechtssystems ist die Rückkehr des Rechts zur Wirklichkeit unserer Volksordnung. Das Recht soll die Lebenstatbestände in ihrem natürlichen Inhalt auch rechtlich ebenso natürlich erfassen und damit gleichzeitig die völkische Wirklichkeit schöpferisch gestalten. In diesem Sinne ist die Volksordnung Grundlage der Rechtsordnung und Grundlage alles rechtlichen Handelns der Volksgenossen.

Diese Erkenntnis führt bei einer Betrachtung der Rechtsbeziehungen unter den Volksgenossen zunächst zu einer weitreichenden Wandlung des Vertragsbegriffs: vermöge der umfassenden Bindung an die völkische Grundordnung tritt an die Stelle des freien Vertrages unter Individuen die Vereinbarung unter Volksgenossen als Gestaltungsmittel innerhalb der Gemeinschaft[43]).

Über diese allgemeine Wandlung hinaus ergibt sich aber die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen dem Vertrag des Rechtsverkehrs und dem Zusammenschluß zu einer personenrechtlichen Ordnung. Der Vertrag des Rechtsverkehrs bedeutet Versprechen oder Gewähren einzelner Leistungen. Selbstverständlich ergibt sich schon hier aus der Stellung der Beteiligten in der Volksordnung eine persönliche Bindung und damit ein bestimmter Pflichtgehalt des Vertragsverhältnisses; man kann aber allein wegen einer solchen Bindung noch nicht von einem personenrechtlichen Zusammenschluß sprechen. Ein solcher Zusammenschluß liegt vielmehr erst dann vor, wenn Volksgenossen sich auf Grund einer Einigung und auf Grund eines persönlichen Einsatzes im Dienste einer gemeinsamen völkischen Aufgabe (Arbeitsleistung im Betrieb, gemeinschaftliche Unternehmertätigkeit, Lebensführung in ehelicher Lebensgemeinschaft) zu einer engeren und beständigeren Gemeinschaft verbinden, die als neue organische Einheit ihre Ordnung (jedenfalls in den Grundlagen) in sich trägt, sich also auf eigenem Rechtsgrund entfaltet, und die deshalb mehr ist als eine nur durch Willensübereinstimmung geschaffene und nur darauf beruhende Rechtsbeziehung[44]). Die eigentümlich gemeinschaftsschöpferische Bedeutung eines solchen personenrechtlichen Zusammenschlusses ist schon seit langem immer wieder, namentlich von deutschrechtlicher Seite, gegenüber der herrschenden abstrakt-allgemeinen Vertragslehre betont worden. Es sei hierzu nur auf die Lehre von den „körperschaftlichen Schöpfungshandlungen“ und von den Vereinbarungen im Verbandsrecht hingewiesen.

Je mehr nun das neue deutsche Recht danach strebt, für die natürlichen gemeinschaftsrechtlichen Tatbestände innerhalb der Volksordnung und für die Formen ihrer Begründung wirklich angemessene Rechtsbegriffe und Rechtsformen zur Verfügung zu stellen, um so stärker wird der Gesichtspunkt des personenrechtlichen Zusammenschlusses in den früheren Bereich des Vertragsrechts eindringen. Als Beispiel hierfür sei nur das Recht der Wohnungsmiete genannt, wo die von Wissenschaft und Praxis bisher so vernachlässigte „Gebrauchsüberlassung“ als natürlicher Tatbestand des Wohnens wichtige gemeinschaftsrechtliche Folgen äußert[45]). Dieses Beispiel macht zugleich deutlich, daß wir hier in Abstufungen denken müssen, wenn wir die mannigfaltigen Rechtsverhältnisse unter Volksgenossen, etwa von der Wohnungsmiete bis zur ehelichen Lebensgemeinschaft, richtig erfassen wollen. —

Abschließend muß noch einmal besonders zum Ausdruck gebracht werden, daß es der Gedanke der Persönlichkeit ist, der allen diesen Zusammenschlüssen — in verschiedener Stärke — ihre Eigenart verleiht. Die damit verbundene Zurückdrängung des Bereichs rein vertraglicher Rechtsbeziehungen und die Feststellung, daß alle personenrechtlichen Rechtsverhältnisse aus den Lebensgesetzen derjenigen Ordnung, in die

---

[41]) Vgl. z. B. RArbG.: ArbRSamml. 27, 289.

[42]) Vgl. bes. ArbRSamml. 28, 263 ff. u. 285 ff. Gegen die Zulässigkeit Herschel: JW. 1936, 3497 mit weit. Nachw.

[43]) Vgl. hierzu Larenz, „Die Wandlung des Vertragsbegriffs“: DR. 1935, 488 ff. und „Vertrag und Unrecht“ I, 1936, 31 ff.

[44]) Hierzu und zum Folgenden vgl. Siebert, „Arbeitsverhältnis“, bes. S. 76 ff., 117 f.; AkadZ. 1936, 93 ff. und „Dtsch. Rechtswissenschaft“ 1936, 228 ff., 247 ff. (dort eingehende Nachw. aus Schrifttum und Rspr.).

[45]) Vgl. dazu überzeugend Roquette, „Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete“, 1936 (Schriftenreihe der JW., Nr. 6).

sie eingefügt sind, ihr Gepräge und ihren Rechtsgrund erhalten, führen keineswegs dazu, daß für Entscheidungsfreiheit und Eigenverantwortlichkeit der Persönlichkeit im Rahmen personenrechtlicher Zusammenschlüsse kein Raum mehr sei. Gliedschaftliche Zugehörigkeit zu einem solchen Zusammenschluß wird nicht durch einen bloß faktischen Tatbestand vermittelt, und Rechtsstellung in einer Gemeinschaftsordnung ist nicht gleichzusetzen mit Unterwerfung unter eine kollektivistische Durchschnittsregel. Nur durch bewußte und freiwillige Eingliederung in eine engere Gemeinschaft kann die Teilhabe an ihrer Ordnung begründet werden, und erst durch die Gestaltung dieser Ordnung auf der Grundlage der Ehre und Leistung des einzelnen Volksgenossen wird der Grundgedanke des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses und insbesondere der Grundgedanke des Arbeitsverhältnisses zur Vollendung geführt: Der Persönlichkeit das ihr aus dem Einsatz für die Gemeinschaft zukommende Recht zuteil werden zu lassen.

---

# Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis

Von Professor Dr. Ernst Rudolf Huber, Kiel

## 1. Arbeitsverhältnis und Arbeitsverfassung

Die Ablösung des Arbeitsverhältnisses von dem bürgerlichen Vertragsrecht ist bekanntlich nicht erst das Ergebnis der neuesten Rechtsentwicklung. Die Fiktion des klassischen Liberalismus, die im BGB. von 1897 einen späten, fast postum zu nennenden Sieg davongetragen hatte und nach der das Arbeitsverhältnis als „Dienstvertrag" ein zwischen gleichgestellten, gleich freien und gleich unabhängigen Rechtsgenossen abgeschlossenes schuldrechtliches Austauschverhältnis sein sollte, hatte sich in der modernen Industriewirtschaft längst in ihrer Nichtigkeit enthüllt. Gewiß suchte die bürgerliche Rechtswissenschaft auch jetzt noch, indem sie die Abweichung des Arbeitsverhältnisses von dem bürgerlichen Dienstvertrag auf einige Besonderheiten beschränken zu können glaubte, im ganzen die Einordnung des Arbeitsverhältnisses in das System des BGB. zu retten[1]). Aber der nach dem Novemberumsturz von 1918 vordringenden gewerkschaftlichen Jurisprudenz gelang im Gegensatz zu diesen spätbürgerlichen Restaurationsversuchen die Zerstörung des bürgerlichen Arbeitsvertrages und die Aufrichtung eines neuen Arbeitsverhältnisses, dessen wesentliches Kennzeichen die „kollektive Bindung" war[2]). Das von der Weimarer Verfassung anerkannte und gewährleistete gewerkschaftliche System, die Tarifvertragsverordnung und die Schlichtungsverordnung, die Stillegungsverordnung und das Kündigungsschutzgesetz, das Arbeitszeitrecht und das Arbeitsgerichtsgesetz schufen ein dem bürgerlichen Vertragsrecht entfremdetes Arbeitsverhältnis, das in allen wesentlichen Beziehungen der ihm eigentümlichen „kollektiven Bindung" unterworfen war, während nur in einigen Nebenfragen von untergeordneter Bedeutung (etwa hinsichtlich der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit) das BGB. seine Geltung zu behaupten vermochte. Die in der Theorie, wenn auch nicht in der Praxis herrschende bürgerliche Rechtswissenschaft suchte sich dieser Situation dadurch zu entziehen, daß sie die „kollektiven Bindungen" in das „öffentliche Recht" verwies; sie versuchte dadurch den „privatrechtlichen", dem BGB.-System angehörigen Arbeitsvertrag von den öffentlich-rechtlichen Bindungen zu trennen[3]). Aber die Wirklichkeit des Rechtslebens ließ solche Spaltungen eines einheitlichen Lebenstatbestandes nicht zu, und im Arbeitsvertrag wichen die „privatrechtlichen" bürgerlichen Elemente in immer stärkerem Maße vor den „öffentlich-rechtlichen", kollektiven Bindungen zurück.

Die nationalsozialistische Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses ist nicht dadurch von dem bisherigen Arbeitsrecht ausgezeichnet, daß sie an die Stelle einer freien, zwischen isolierten Individuen bestehenden Vertragsbeziehung ein gebundenes Rechtsverhältnis gesetzt hätte. Einen „freien Arbeitsvertrag" hat es früher allenfalls in politischen Ideologien, wissenschaftlichen Theoremen und gesetzgeberischen Fiktionen, niemals aber in der Rechtswirklichkeit gegeben; es gab tatsächlich immer nur den gebundenen Arbeitsvertrag, weil eben dieser Vertrag Leistung abhängiger Arbeit voraussetzte. Art und Inhalt der durch die Abhängigkeit begründeten Bindung aber sind im vergangenen Jahrhundert den stärksten Wandlungen ausgesetzt gewesen. In der Zeit des Früh- und Hochkapitalismus war der Arbeitsvertrag der kapitalistischen Bindung unterworfen, d. h. der Inhalt des Arbeitsverhältnisses ergab sich aus dem Marktmechanismus der kapitalistischen Wirtschaft, ein Zustand, der von der sozialistischen Kritik als „Ausbeutung" gegeißelt wurde. In der Zeit des Spätkapitalismus wurde diese kapitalistische Bindung durch die kollektivistische Bindung verdrängt, d. h. das Massenbewußtsein einer bisher unterdrückten Schicht schuf sich in den gewerkschaftlichen und parteipolitischen Organisationen einen kollektivistischen Apparat, der den Inhalt der Arbeitsverhältnisse dem kapitalistischen Marktmechanismus entzog und durch einen Marktausgleich der einander bekämpfenden Gruppen bestimmte. So war denn das soziale und wirtschaftliche Problem, auf das der Nationalsozialismus bei der Eroberung der Macht traf, nicht mehr die verfehlte Einordnung des Arbeitsverhältnisses in das individualistische BGB.-System, sondern seine Einbeziehung in das kollektivistische Machtsystem der gewerkschaftlichen Arbeitsverfassung[4]).

Die wirtschaftlichen, politischen und ethischen Schäden, die dieser gewerkschaftliche Kollektivismus im Arbeitsrecht nach sich gezogen hat, seien kurz in die Erinnerung zurückgerufen: Der Kollektivismus gab die Gestaltung der Arbeitsbedingungen in die Hand der unverantwortlichen Interessengruppen, die ohne Rücksicht auf das Ganze der Wirtschaft und des Volkes ihre Kampfziele verfolgten. Er führte innerhalb der Wirtschaft zu einem organisierten Klassenkampf, der durch vorübergehende Regelungen zeitweise überdeckt, aber nicht durch einen dauernden Frieden überwunden werden konnte. Er zog eine wirtschaftliche und soziale Nivellierung nach sich, die die Sonderlage der einzelnen Unternehmungen ebenso außer acht ließ wie die besonderen Bedürfnisse einzelner Unternehmensarten oder Arbeitergruppen. Er entmachtete den Staat, dessen gestaltende Führung in den Fragen der Sozialpolitik verlorenging, und er benutzte die staatlichen Machtmittel als Werkzeuge im Kampf der ökonomischen und parteipolitischen Interessen. Er förderte die Bolschewisierung des öffentlichen Lebens, indem er den Staat zum Instrument erniedrigte, indem er die Klasseninteressen zu den bewegenden Kräften des politischen Daseins werden ließ, indem er den einzelnen in einen toten Bestandteil der gleichförmigen Masse verwandelte. Es war längst nicht mehr der Individualismus einer liberalen Frühzeit, auf den der Nationalsozialismus im Jahre 1933 stieß, sondern es war wesentlich der Kollektivismus einer verfallenen Spätzeit, den es beim Aufbau der neuen Arbeitsordnung zu überwinden galt.

Die in der bürgerlichen Rechtswissenschaft verbreitete individualistische Deutung des Arbeitsvertrages trug ihren Grundfehler darin, daß sie Arbeitsverhältnis und Ar-

---

[1]) Vgl. statt vieler Hueck-Nipperdey, „Lehrbuch des Arbeitsrechtes", 2. Aufl. 1928, Bd. 1 S. 86 ff.

[2]) Vgl. H. Potthoff, „Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht", 1925, S. 6: Das neue Arbeitsrecht soll Kollektivrecht sein.

[3]) Bezeichnend Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 88.

[4]) Vgl. darüber E. R. Huber, „Die Arbeitsverfassung des völkischen Reiches": AkadZ. 1937, 73 ff.

beitsverfassung glaubte trennen zu können; im Rahmen einer kollektivistischen, gewerkschaftlichen Arbeitsverfassung suchte sie den Arbeitsvertrag als einen bürgerlichen Individualvertrag zu behandeln. In der Rechtswirklichkeit aber stehen Arbeitsverhältnis und Arbeitsverfassung in unmittelbarem Zusammenhang und in einer stetigen Wechselwirkung. Die Arbeitsverfassung ist die in allen Arbeitsverhältnissen wirkende Wesensstruktur; jedes Arbeitsverhältnis ist ein die Arbeitsverfassung mitgestaltendes Glied der Gesamtordnung. Mit einer Wandlung der Arbeitsverfassung ist deshalb stets eine entsprechende Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses verbunden, selbst wenn das geschriebene Recht in seinem äußeren Bestande nicht verändert wird. Der Übergang von der alten patriarchalischen zur industriellen, kapitalistischen Arbeitsverfassung, die sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts vollzog, hat das Arbeitsverhältnis vollständig umgebildet, und zwar zu einem von der kapitalistischen Arbeitsverfassung geprägten Institut. Entsprechend hat der Übergang von der kapitalistischen zur kollektivistischen Arbeitsverfassung in der Nachkriegszeit das Arbeitsverhältnis zu einem Institut der kollektiven Bindung werden lassen. Und wenn mit der Machtergreifung der nationalsozialistischen Bewegung das Arbeitsverhältnis eine neue Gestalt erhalten hat, so eben deshalb, weil die nationalsozialistische Revolution das kollektivistisch-gewerkschaftliche System durch eine neue Arbeitsverfassung, die „Ordnung der nationalen Arbeit", überwunden hat.

Dabei ist es selbstverständlich, daß die politische Entwicklung nicht scharf voneinander abgegrenzte Systeme aneinanderreiht, sondern daß sie sich in gewissen Übergängen bewegt, die langsam und fast unmerklich oder sprunghaft und deutlich sichtbar sein können. Es bildet sich in der Epoche solcher Übergänge naturgemäß eine Gemengelage der alten und der neuen Ordnung heraus, und die Gebilde des Rechtslebens erhalten einen widerspruchsvollen Charakter, indem sie von alten und neuen Grundstrukturen zugleich bestimmt werden. Diese Erscheinung war besonders deutlich beim Übergang von der kapitalistischen zur kollektivistischen Arbeitsverfassung, wo sich eine Gemengelage ergab, in der die kollektivistischen Kräfte zwar dauernd vordrangen, gewisse Restbestände der kapitalistischen Arbeitsverfassung aber doch ihr Dasein zu behaupten vermochten. Noch beim Untergang des Weimarer Systems war diese Gemengelage einer Übergangszeit vorhanden, und entsprechend trug das Arbeitsverhältnis neben seinen kollektivistischen Zügen noch Reste der früheren kapitalistischen Prägung in sich. Der Übergang vom Weimarer Arbeitssystem zur völkischen Arbeitsverfassung hat sich mit einer überraschenden Schnelligkeit vollzogen; doch bedurfte es naturgemäß einer gewissen Zeit der Anpassung, bis sich die Grundsätze der völkischen Arbeitsverfassung in jedem einzelnen Arbeitsverhältnis voll durchsetzen konnten.

### 2. Das Arbeitsverhältnis als gemeinschaftsgebundene Rechtsstellung

Nicht das Vorhandensein einer Bindung des Arbeitsverhältnisses an sich, sondern der Inhalt dieser Bindung unterscheidet die nationalsozialistische Arbeitsverfassung vom Arbeitsrecht des Weimarer Systems. Dieser neue Inhalt ist darin gegeben, daß die ganze Wirtschaft als eine dem deutschen Volke dienende Leistungsgemeinschaft verstanden wird. Gemeinschaftliche Leistung im Dienst am deutschen Volk ist das lebendige Prinzip der neuen Arbeitsverfassung, aus dem die das einzelne Arbeitsverhältnis bestimmende Bindung erwächst. Dieser die ganze Wirtschaft verpflichtende Gedanke der völkischen Leistungsgemeinschaft gewinnt für den einzelnen Arbeiter umrißhafte Gestalt in dem Betrieb, in dem er mit dem Unternehmer und den Arbeitskameraden zum gemeinsamen Werk konkret verbunden ist. Wie die ganze Wirtschaft, so ist auch die Betriebsgemeinschaft eine dem Volk dienende Leistungsgemeinschaft, und die Bindung des einzelnen Arbeitsverhältnisses im Betrieb entstammt dieser Verpflichtung gegenüber dem völkischen Ganzen. Die Bindung des Arbeitsverhältnisses an die Interessen einer kollektivierten Klasse wird also überwunden durch die Verpflichtung jedes Unternehmers und jedes Arbeiters gegenüber der Volksgemeinschaft, und die Bindung an die Betriebsgemeinschaft ist nichts anderes als die Form, in der sich diese Verpflichtung auf die völkische Leistungsgemeinschaft für den einzelnen Arbeiter und Unternehmer verwirklicht. Niemals darf die einzelne Betriebsgemeinschaft als ein für sich allein stehendes Ganzes, sozusagen als „Selbstzweck" aufgefaßt werden[5]; sie ist ein dienendes Glied in der Ganzheit der völkischen Wirtschaft und ist selbst den Bindungen an die ihr übergeordnete Gesamtgemeinschaft unterworfen.

Als ein gemeinschaftsgebundenes Rechtsverhältnis erhebt sich das Arbeitsverhältnis über die bloß „schuldrechtliche Beziehung" zwischen Unternehmer und Arbeiter, die die bürgerliche Rechtswissenschaft in ihm zu sehen versuchte. Es erschöpft sich nicht in gegenseitigen Ansprüchen und Verpflichtungen und entzieht sich überhaupt einem juristischen Denksystem, das jedes Lebensverhältnis als ein Gegeneinander subjektiver Rechte zu deuten bestrebt ist. Doch läßt diese Überwindung des subjektivistischen Moments das Arbeitsverhältnis nicht in der unpersönlichen Kollektivität des Massendaseins versinken; vielmehr soll dem Arbeitsverhältnis gerade in Abkehr vom individualistischen Mißverständnis des Persönlichkeitsbegriffs der echte personenhafte Charakter wiedergegeben werden. Die neue Rechtswissenschaft umschreibt diesen personenhaften Charakter des Arbeitsverhältnisses mit dem Begriff der „volksgenössischen Rechtsstellung"[6], die dem Arbeiter zukommt. Der Unterschied zwischen einer „Rechtsbeziehung" und der „Rechtsstellung" besteht darin, daß „Rechtsbeziehung" nur ein juristisches Band zwischen einzelnen ausdrückt, während die Rechtsstellung ein dauerndes Lebensverhältnis, das einer höheren Ordnung gliedhaft eingefügt ist, bedeutet. Das Arbeitsverhältnis ist als volksgenössische Rechtsstellung keine bloße Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeiter und dem Unternehmer, sondern es ist das Lebensverhältnis, in dem der Arbeiter sich als Glied der im Betrieb verwirklichten völkischen Leistungsgemeinschaft befindet. Diese Rechtsstellung des Arbeiters ist weder individualistisch noch kollektiv-gebunden, sondern gemeinschaftsgebunden, d. h. ihr rechtlicher Gehalt ergibt sich weder aus dem individuellen Ausgleich der gegenseitigen Interessen des Arbeiters und des Unternehmers, noch aus dem Kampf der kollektivierten Klasseninteressen, sondern geht aus der Ordnung hervor, in der Arbeiter und Unternehmer als Glieder der Volksgemeinschaft, als Kräfte der Volkswirtschaft, als Träger des Betriebes vereinigt sind. Es ist selbstverständlich, daß sich aus dieser Rechtsstellung des Arbeiters eine Fülle einzelner Pflichten und Berechtigungen ergibt. Aber das Arbeitsverhältnis geht in diesen einzelnen Pflichten und Berechtigungen nicht auf, sondern ist als „volksgenössische Rechtsstellung" eine Lebensganzheit, aus der die Einzelbeziehungen als Ausstrahlungen hervorgehen.

Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird nur zum geringen Teil durch Abmachungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Arbeiter bestimmt. Weit wichtiger sind auch für das einzelne Arbeitsverhältnis die überindividuellen Bindungen, in die es durch seine Zugehörigkeit zur Leistungsgemeinschaft des Betriebes und der Gesamtwirtschaft eingeordnet ist. Diese Bindungen kommen rechtlich einmal in den ausdrücklichen Regeln des Arbeitslebens zur Erscheinung: in der Betriebsordnung, der Tarifordnung, den Treuhänderrichtlinien und den staatlichen Arbeitsgesetzen. Aber wie jede lebendige Ordnung ihre tiefsten Wesensgesetze als ungeschriebenes Recht in sich trägt, so beruht auch die Ordnung der Arbeit auf solchen ungeschriebenen Grundsätzen, die im geschriebenen Recht stets nur einen annähernden, niemals einen erschöpfenden Ausdruck finden können. Wie insbesondere das staatliche Verfassungsrecht nicht in den geschriebenen Verfassungsgesetzen aufgeht, sondern über dem gesetzten Recht als die lebendige Grundordnung des Volkes steht[7], so bildet die

[5] Ebenso W. Siebert, „BGB.-System und völkische Ordnung": „Deutsche Rechtswissenschaft" 1 (1936), 221.

[6] Vgl. K. Larenz, „Gemeinschaft und Rechtsstellung": „Deutsche Rechtswissenschaft" 1 (1935), 31 ff.; E. R. Huber, „Die Rechtsstellung des Volksgenossen": ZStaatsW. 96 (1936), 438 ff.

[7] Vgl. E. R. Huber, „Wesen und Inhalt der völkischen Verfassung", 1935.

völkische Arbeitsverfassung über den staatlichen Arbeitsgesetzen und den sie ergänzenden und ausfüllenden geschriebenen Regeln die wesentliche Ordnung. Daraus, daß im Rahmen der völkischen Arbeitsverfassung Unternehmer und Arbeiter in Gemeinschaft zur Leistung verbunden sind, ergeben sich für die Beteiligten unmittelbare, beiderseitige Pflichten, die der besonderen Aufzeichnung nicht bedürfen, sondern als ungeschriebenes Recht selbstverständlich wirksam und verbindlich sind. Das zeigt sich besonders dort, wo das geschriebene Recht sich als lückenhaft oder mehrdeutig erweist, weiter aber immer dann, wenn es sich um die Grundfragen des Rechtes handelt. Zahlreiche Fragen des neuen Arbeitsrechts können nur aus diesen ungeschriebenen Grundsätzen der Arbeitsverfassung beantwortet werden. Die Frage etwa, ob der § 2 Abs. 2 ArbOG. einen selbständigen, unmittelbaren Rechtsanspruch gewährt — die Frage, ob der § 36 ArbOG. die Fälle der sozialen Ehrverletzung erschöpfend oder beispielhaft aufzählt — die Frage, ob auf das Arbeitsverhältnis die Regeln des allgemeinen Teils des BGB. anzuwenden sind — die Frage, wer das Betriebsrisiko trägt (um nur einige Beispiele zu nennen), können niemals allein aus dem geschriebenen Recht beantwortet werden. Wer auch immer sich solchen Fragen zuwendet, greift dabei bewußt oder unbewußt auf die ungeschriebenen Lebensgesetze der völkischen Arbeitsverfassung zurück.

### 3. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag

Das Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeiter steht, ist heute nicht mehr, wie im System des Kapitalismus, eine Form der sozialen und rechtlichen Unterwerfung des Arbeiters unter den Herrschaftswillen des Unternehmers — es ist ebensowenig, wie im System des Kollektivismus, eine Form der sozialen und rechtlichen Unterwerfung des Arbeiters unter den organisierten Herrschaftswillen der klassenkämpferischen Interessengruppen. Es ist aber natürlich erst recht nicht, wie in der liberalindividualistischen Fiktion des BGB., eine schuldrechtliche Einzelbeziehung zwischen dem Unternehmer und dem Arbeiter als gleich freien und unabhängigen Individuen, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand hat. Sondern das Arbeitsverhältnis ist die rechtliche Form, in der der Arbeiter als Glied der im Betrieb vereinten Leistungsgemeinschaft im Dienst des völkischen Ganzen zu wirken hat. Wenn die frühere Wissenschaft hervorhob, daß zum Wesen des Arbeitsverhältnisses die Leistung „abhängiger Arbeit" gehöre[8]), so brachte sie damit in einer scheinbar neutralen Formel den Tatbestand der kapitalistischen Unternehmerherrschaft zum Ausdruck. Nicht diese „Abhängigkeit" vom Unternehmerwillen, sondern die Eingliederung in eine zur gemeinsamen Leistung im Betrieb verbundenen Gemeinschaft ist für das neue Arbeitsrecht das wesentliche Kriterium des Arbeitsverhältnisses.

Es ist das Verdienst der bekannten Schrift Wolfgang Sieberts, die von der bürgerlichen Rechtswissenschaft verkannte Sonderstellung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem bürgerlichen Vertragsrecht folgerichtig und systematisch entwickelt zu haben[9]). Es ist dort überzeugend dargelegt, daß das Arbeitsverhältnis kein bürgerlicher Individualvertrag und kein schuldrechtliches Austauschverhältnis ist, sondern daß es sich bei ihm um ein Gemeinschaftsverhältnis der zur gemeinsamen Arbeit verbundenen Angehörigen des Betriebes handelt. Nun setzt die Begründung dieses Gemeinschaftsverhältnisses, was auch Siebert von Anfang an hervorgehoben hat[10]), eine „Willensübereinstimmung" von Unternehmer und Arbeiter voraus, eine „Einigung" mit rechtlich verbindlicher Kraft. Unter der bekannten Antithese „Arbeitsverhältnis oder Arbeitsvertrag?" verbirgt sich die doppelte Streitfrage: einmal ob diese „Einigung" die alleinige Rechtsgrundlage des Arbeitsverhältnisses ist; zum anderen, ob diese „Einigung" als „Vertrag" bezeichnet werden kann.

Erstens: Die arbeitsrechtliche Einigung, also die Abmachung zwischen dem Unternehmer und dem Arbeiter über die Anstellung im Betrieb, hat für sich allein zwar gewisse Rechtsfolgen, ruft insbesondere gewisse gegenseitige Rechte und Pflichten hervor. Aber sie begründet noch kein Arbeitsverhältnis im vollen Sinne des Wortes, noch keine gemeinschaftsgebundene Rechtsstellung des in den Betrieb eingeordneten Arbeiters. W. Mansfeld hat allerdings mit großem Nachdruck den Standpunkt verfochten, der „Arbeitsvertrag", wie er diese „arbeitsrechtliche Einigung" nennt, sei die alleinige Causa, der einzige Rechtsgrund des Arbeitsverhältnisses; das Arbeitsverhältnis werde also durch die bloße Willensübereinstimmung in vollem Umfang begründet[11]). Die praktischen Beispiele, auf die er sich beruft und die allgemein dadurch gekennzeichnet sind, daß die Anstellung bindend vereinbart wird, die Aufnahme der Arbeit aber erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll, scheinen mir jedoch gerade für das Gegenteil der These zu sprechen, die sie unterstützen sollen. Niemand bestreitet, daß aus einer solchen Abmachung bindende Wirkungen, insbesondere die Einstellungspflicht, hervorgehen, aber es ist unmöglich, in diesen Wirkungen des „Vor-Arbeitsvertrages" schon das volle Wesen des Arbeitsverhältnisses zu erkennen. Der wesentliche Einwand, der hier zu erheben ist, besteht darin, daß Mansfeld glaubt, als Arbeitsverhältnis „die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann zunächst einmal für sich allein" betrachten zu können. Es wurde oben einleitend dargelegt, daß schon für die Vergangenheit eine solche isolierende Betrachtung, die sich die „höchst individuellen Rechte und Pflichten" zwischen Unternehmer und Arbeiter zum alleinigen Gegenstand nahm, eine unmögliche Fiktion bedeutete. Für das gemeinschaftsgebundene Arbeitsverhältnis unserer Zeit aber ist es vollends undenkbar, die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter „für sich allein" aus dem Zusammenhang der Betriebsgemeinschaft und der Arbeitsverfassung zu lösen. Keine irgendwie erhebliche Frage des Arbeitsrechts kann bei diesem isolierenden Verfahren zulänglich beantwortet werden, und gerade Mansfeld selbst schlägt in der Einleitung seines angeführten Aufsatzes vor, die Frage des Lohnanspruchs bei unverschuldeter Dienstversäumnis in einem bestimmten Fall unter Zugrundelegung des Gedankens der Treue- und Fürsorgepflicht des Unternehmers, also einer erst aus der Betriebsgemeinschaft folgenden Pflicht, zu lösen. Das Arbeitsverhältnis erwächst eben erst in seiner vollen Gestalt, wenn es in die Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Ordnung (Arbeitsverfassung, Gesetze, Tarifordnung, Betriebsgemeinschaft) einbezogen ist.

Das Arbeitsverhältnis entsteht daher erst, wie W. Siebert zutreffend ausgeführt hat, mit der Aufnahme des Arbeiters in die Betriebsgemeinschaft[12]). Erst diese arbeitsrechtliche Eingliederung stellt den Arbeiter in die zur gemeinsamen Leistung verbundene Einheit. Erst sie läßt den Arbeiter an der Ehre und Treue des Arbeitslebens teilnehmen, so daß die soziale Ehrengerichtsbarkeit erst jetzt eingreift; erst sie unterstellt ihn in vollem Umfang den Wirkungen der Betriebsordnung, der Tarifordnung und der staatlichen Arbeitsgesetze. So greift die Ordnungsgewalt des Betriebsführers, die tarifliche Urlaubsregelung, der staatliche Kündigungsschutz erst jetzt Platz. Die durch die bloße „Einigung" hervorgerufene Rechtsbeziehung ist noch nicht das „Arbeitsverhältnis", sondern dieses wird in seinem eigentlichen Inhalt erst durch die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft (also durch die Aufnahme der Arbeit) geschaffen. Aber sowenig die Einigung für sich allein ein volles „Arbeitsverhältnis" herstellt, sowenig ist die Eingliederung für sich allein geeignet, das volle „Arbeitsverhältnis" zu begründen. Das bloße Beschäftigungsverhältnis muß gewiß in vieler Beziehung wie ein Arbeitsverhältnis behandelt werden (Fürsorgepflicht, Lohnanspruch!), ruft aber die vollen Bindungen des Arbeitsverhältnisses nicht hervor (kein Kündigungsschutz!).

Einigung und Eingliederung ziehen somit jede für sich allein zwar gewisse Rechtsfolgen nach sich. Aber erst

---

[8]) Vgl. Hueck-Nipperdey a. a. O. Bd. 1 S. 90.

[9]) W. Siebert, „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit", 1935.

[10]) Ebenda S. 87.

[11]) Vgl. W. Mansfeld, „Vom Arbeitsvertrag": DArbR. 1936, 118 ff.

[12]) Vgl. W. Siebert a. a. O. S. 85 ff.

Einigung und Eingliederung zusammen ergeben das volle Arbeitsverhältnis, d. h. die rechtliche Form, in der der Arbeiter als Glied des Betriebes gemeinsame Leistung im Dienst des Volkes zu erbringen hat. Die Einigung und die Eingliederung sind nebeneinander gleichwertige, gleich wesensnotwendige Akte für die Begründung des vollen Arbeitsverhältnisses. Es ist weder zutreffend, wie W. Mansfeld vorschlägt, in der Einigung den alleinigen Rechtsgrund des Arbeitsverhältnisses zu sehen und der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft bloß zusätzliche Bedeutung beizumessen[13]). Noch beschränkt sich die Einigung auf bloß modifizierende Wirkungen; sie ist vielmehr ein „notwendiges Tatbestandsstück"[14]) der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Wenn W. Siebert der Vereinbarung zwischen Arbeiter und Unternehmer ursprünglich nur „zusätzlichen" Charakter und nur „modifizierende Wirkungen" zuerkannte[15]), so sollte sich das offenbar nicht auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf die inhaltliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen beziehen[16]). Jedenfalls sind hinsichtlich der Entstehung des Arbeitsverhältnisses weder Einigung noch Eingliederung bloße Modifikationen eines bereits voll entstandenen Rechtsverhältnisses. Sondern erst aus dem Zusammentreffen von Einigung und Eingliederung als zweier konstitutiver, rechtsgestaltender Kräfte ergibt sich der gemeinschaftsbegründende Akt, der das Arbeitsverhältnis schafft.

Zweitens: Die arbeitsrechtliche Einigung, also das eine wesensnotwendige, konstitutive Element des Arbeitsverhältnisses, kann gewiß nicht unter den alten Vertragsbegriff des BGB. gebracht werden, da dieses wesentlich den Austausch von Leistungen zwischen einzelnen betraf, d. h. ein individuelles, schuldrechtliches Austauschverhältnis begründete. Aber das Problem besteht doch offenbar darin, ob nicht dieser alte Vertragsbegriff des BGB. überhaupt zu überwinden ist und ob nicht ein neuer Begriff des gemeinschaftsbezogenen Vertrages gebildet werden muß, der die Beziehungen der Volksgenossen in ihrer Teilhabe am Leben der Volksgemeinschaft und an der gesamtvölkischen Ordnung gestaltet[17]). Um Verwechslungen mit dem bisherigen bürgerlichen Vertragsbegriff auszuschließen, wird es sich empfehlen, für dieses gemeinschaftsbezogene Rechtsgebilde den Begriff der volksgenössischen Einigung zu verwenden. Dieser Begriff der volksgenössischen Einigung umfaßt auch die bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses wirksame Willensübereinstimmung zwischen Arbeiter und Unternehmer. Selbstverständlich wird es notwendig sein, im Rahmen dieses Begriffs klare Unterscheidungen zwischen verschiedenen Arten der Einigung vorzunehmen; es werden etwa der schuldrechtliche Vertrag, der sachenrechtliche Vertrag, die verbandsgestaltende Einigung („Gesellschaftsvertrag") und schließlich auch die arbeitsrechtliche Einigung („Arbeitsvertrag") zu unterscheiden sein[18]), und diese verschiedenen Gruppen der volksgenössischen Einigung werden verschiedenartigen Rechtsgrundsätzen unterworfen sein. Aber alle diese verschiedenen Formen der volksgenössischen Einigung sind durch ein gemeinsames Kennzeichen verbunden: in ihnen treten gleichwertige Willenserklärungen der Volksgenossen zu einem der Volksordnung eingegliederten Rechtsverhältnis zusammen.

Dadurch, daß das Arbeitsverhältnis auf einer solchen durch gleichwertige Willenserklärungen geschaffenen volksgenössischen Einigung beruht, unterscheidet sich seine Entstehung von der Begründung des Beamtenverhältnisses und allen anderen Formen des öffentlichen Dienstes. Bei der Begründung des öffentlichen Dienstverhältnisses ist die Willensübereinstimmung (soweit sie überhaupt notwendig ist) im Gegensatz zur Entstehung des Arbeitsverhältnisses nur die Voraussetzung, aber kein konstitutives Element des Begründungsaktes. Es kann daher zu Mißverständnissen führen, wenn man die Willensübereinstimmung zwischen Arbeiter und Unternehmer unter Hinweis auf die Begründung des Beamtenverhältnisses nur als „Voraussetzung" für den Eintritt in das Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet[19]). Dieser Vergleich des Arbeitsverhältnisses mit dem öffentlichen Dienst kann jedenfalls nur die negative Bedeutung haben, daß weder hier noch dort mit der Vorstellung des schuldrechtlichen Vertrages gearbeitet werden darf. Aber diese Gemeinsamkeit in der Negation des BGB.-Vertrages führt natürlich nicht ohne weiteres eine positive Übereinstimmung in Wesen und Struktur des Arbeitsverhältnisses und des öffentlichen Dienstverhältnisses herbei. Vielmehr unterscheidet sich die Aufnahme in eine politische Ordnung (Partei oder SA.) oder in den staatlichen Dienst (Arbeitsdienst, Wehrdienst, Beamtendienst) von Grund auf von der Entstehung des Arbeitsverhältnisses. Die Aufnahme in den „öffentlichen Dienst" der Bewegung oder des Staates geschieht durch einen hoheitlichen Akt; sie ist kein „Vertrag" und keine „Einigung", auch kein wie immer gearteter „zweiseitiger Verwaltungsakt", sondern geht aus dem Willen eines Hoheitsträgers (Partei, Verwaltung, Wehrmacht, Arbeitsdienst) hervor[20]). Soweit diese Aufnahme in den öffentlichen Dienst eine freiwillige Bereitschaft des Aufzunehmenden voraussetzt, ist die Erklärung dieser Bereitschaft (Antrag, Meldung, Bewerbung usw.) nur eine Vorstufe der Aufnahme, die dann durch einen hoheitlichen Akt vollzogen wird. Dieser auf Grund freiwilliger Bereitschaft vollzogene hoheitliche Akt der Aufnahme in den öffentlichen Dienst selbst unterscheidet sich in nichts mehr von einer Aufnahme, die ohne solche Bereiterklärung vorgenommen wird; so ist es für die Einziehung zum Wehrdienst gleichgültig, ob sie auf Grund freiwilliger Meldung oder ohne sie ausgesprochen wird. Die Bereiterklärung ist hier in der Tat nur eine Voraussetzung für die Aufnahme, läßt aber den Charakter des Hoheitsaktes selbst völlig unberührt. Die Bereiterklärung hat keine rechtsbegründende, konstitutive Kraft, sondern ist Bestandteil eines verwaltungsrechtlichen Vorverfahrens, ähnlich wie der Antrag bei der Erteilung einer Erlaubnis od. dgl. Ganz anders liegt es bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Es ist für das Wesen des Arbeitsverhältnisses konstitutiv, daß ihm eine Willensübereinstimmung gleichberechtigter Volksgenossen zugrunde liegt. Das Festhalten am Prinzip der Einigung als eines wesentlichen Bestandteils der Begründung des Arbeitsverhältnisses sichert dem Arbeiter die Gleichwertigkeit seiner Rechtsstellung mit der des Unternehmers; der Verzicht auf die Einigung überantwortete den Arbeiter dem alleinbestimmenden Willen des Unternehmers und entspräche dem Sinne der neuen Arbeitsverfassung nicht.

## 4. Betriebsgemeinschaft und Führergrundsatz

Wenn hier mit besonderem Nachdruck die Gleichwertigkeit der Rechtsstellung des Arbeiters mit der des Unternehmers betont wird, so widerspricht dem nicht die Führerstellung, die das ArbOG. dem Betriebsführer innerhalb der Betriebsgemeinschaft eingeräumt hat. Gewiß trifft der Betriebsführer in allen wirtschaftlichen und sozialen Fragen des Betriebes in alleiniger Verantwortung die letzte Entscheidung. Aber er ist in dieser Entscheidungsbefugnis gebunden durch die Treupflicht, die ihn der Gefolgschaft gegenüber verbindet, ebenso wie die Gefolgschaft dem Betriebsführer zur Treue verpflichtet ist[21]). Die „in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue", von der § 2 Abs. 2 ArbOG. spricht, ist gegenseitiger Art, und sie trifft in besonders hohem Maße

---

[13]) W. Mansfeld a. a. O. S. 128.

[14]) W. Siebert, „Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936": DArbR. 1937, 44.

[15]) W. Siebert, „Arbeitsverhältnis" S. 85.

[16]) Vgl. die neueste Arbeit W. Sieberts: DArbR. 1937, 48.

[17]) Vgl. K. Larenz, „Die Wandlung des Vertragsbegriffs": DR. 1935, 491.

[18]) Wieweit auch familienrechtliche Tatbestände unter diesen Begriff fallen, muß hier dahingestellt bleiben. Der eheliche Gütervertrag gehört m. E. hierher, die Eheschließung wegen ihres völlig unvergleichbaren Charakters dagegen nicht. Vgl. dazu W. Siebert, „BGB.-System und völkische Ordnung": „Deutsche Rechtswissenschaft" 1 (1936), 206 ff.

[19]) Vgl. W. Siebert, „Arbeitsverhältnis" S. 79 ff.; ders.: DArbR. 1937, 45.

[20]) Vgl. E. R. Huber, „Verfassung", 1937, S. 238 ff., 246 f.

[21]) Vgl. F. Kühn, „Der Führergedanke in der neuen Arbeitsverfassung", 1935, S. 27 ff.

den Betriebsführer, dem das ArbOG. eine so weitgehende Entscheidungsgewalt anvertraut hat. Aus dieser Treuepflicht gegenüber der Gefolgschaft erwächst die sog. Fürsorgepflicht, die der § 2 Abs. 2 ArbOG. dem Betriebsführer ausdrücklich mit den Worten „Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen" auferlegt. Die verbreitete Neigung, diese Vorschrift „nur" als eine „öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber dem Staat", nicht aber als eine unmittelbar verbindliche Pflicht gegenüber dem Arbeiter anzuerkennen[22]), führt im Ergebnis dazu, daß die Gegenseitigkeit der Treue innerhalb der Betriebsgemeinschaft geleugnet wird. Das aber bedeutet wiederum nichts anderes, als daß die Gleichwertigkeit der Rechtsstellung des Arbeiters mit der des Unternehmers angezweifelt wird, da bei solcher Auffassung den Arbeiter zwar eine allgemeine und umfassende Treuepflicht gegenüber dem Betriebsführer trifft, während dieser nur die im Gesetz ausdrücklich aufgeführten besonderen und begrenzten Verpflichtungen zu tragen hat. Nur wenn die Gegenseitigkeit der Treuepflicht voll verbürgt ist — und das ist sie nur, wenn die Fürsorgepflicht des Betriebsführers als eine unmittelbare Bindung gegenüber dem einzelnen Arbeiter anerkannt wird —, ist der Arbeiter nicht Objekt der Unternehmerherrschaft, wie in der kapitalistischen Wirtschaft, sondern ein dem Unternehmer in gleichwertiger Rechtsstellung zugeordneter Volksgenosse.

Das Wesen der Betriebsgemeinschaft wird aus der Gleichwertigkeit der Rechtsstellung des Unternehmers und des Arbeiters erst voll verständlich. Die Betriebsgemeinschaft ist eine Genossenschaft ihrer zur gemeinsamen Arbeit verbundenen Angehörigen, und auch der Betriebsführer ist nicht ein über der Arbeiterschaft stehender „Herr", sondern ein Glied der zur Leistung verbundenen Gemeinschaft. Allerdings wird die Betriebsgemeinschaft häufig wegen der Führerstellung des Unternehmers als „sozialrechtlicher Herrschaftsverband" bezeichnet[23]), und ihr damit der genossenschaftliche Charakter abgesprochen. Doch ist es ein Mißverständnis, wenn man glaubt, der Begriff der Genossenschaft setze voraus, daß jeder Genosse (womöglich sogar noch im Wege von Wahlen und Abstimmungen) an der Willensbildung des Verbandes beteiligt sei. Zum Wesen der Genossenschaft gehört allein, daß aus dem Gemeingeist des Verbandes ein diesem zugehöriger, selbständiger Gemeinwille gebildet werde. Diese Willensbildung kann sich auch nach dem Führergrundsatz vollziehen, sofern nur der Führer aus dem Gemeingeist der Genossenschaft handelt und einen wirklich genossenschaftlichen Gemeinwillen erzeugt[24]). Irrig ist es jedoch, diese unter dem Führergrundsatz stehende Genossenschaft als „herrschaftliche Genossenschaft" im Sinne Otto Gierkes zu bezeichnen[25]). Denn die „herrschaftliche Genossenschaft" verbindet in sich zwei einander entgegengesetzte Prinzipien, und zwar in der Weise, daß sich im Herrschaftsverband gewisse genossenschaftliche Einrichtungen ausbilden[26]). Die geführte Genossenschaft aber ist keine Kombination gegensätzlicher Strukturgesetze, sondern eine organische Einheit, in der der Führer nicht als „Herr", sondern als Glied einer Genossenschaft den Gemeinwillen zu bilden befugt ist.

Erst von dieser Einsicht aus ist es möglich, das Wesen der Betriebsordnung zutreffend zu bestimmen. Zwar ist fast allgemein die Auffassung verbreitet, daß die Betriebsordnung „genossenschaftliche Satzung" sei, doch entbehrt diese Ansicht der folgerichtigen Begründung, wenn man zugleich die Betriebsgemeinschaft selber als Herrschaftsverband, nicht als Genossenschaft auffaßt. Von der herrschaftlichen Deutung der Betriebsgemeinschaft aus ist es nur konsequent, wenn Lutz Richter die Betriebsordnung als „die monokratisch gesetzte Ordnung für einen rein herrschaftlichen Verband" bezeichnet[27]). Der Betriebsführer muß dann als berechtigt gelten, die Arbeitsbedingungen nach seinem herrschaftlichen Belieben zu ordnen. Damit allerdings würde die Rechtsstellung des Arbeiters in ihrer Ganzheit der Herrschaftsgewalt des Unternehmers ausgeantwortet sein. In Wahrheit aber ist — gemäß dem genossenschaftlichen Charakter der Betriebsgemeinschaft — der Unternehmer, indem er die Betriebsordnung festsetzt, nicht frei, sondern gebunden[28]). Und zwar ist er nicht nur gebunden gegenüber dem „Staat", der durch den Reichstreuhänder der Arbeit eingreifen kann, wenn die Betriebsordnung „mit den wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnissen des Betriebes nicht vereinbar" ist (§ 16 ArbOG.). Er ist vielmehr in erster Linie der Gefolgschaft gegenüber gebunden, von der ihm anvertrauten Entscheidungsgewalt gerechten und angemessenen Gebrauch zu machen. Nicht aus privatem Belieben, sondern gebunden durch die der Betriebsgemeinschaft innewohnende Treuepflicht hat der Betriebsführer die Betriebsordnung festzusetzen. Er handelt dabei nicht als „Herr des Unternehmens", sondern als Glied der Betriebsgemeinschaft und für diese. Nicht ein ihm persönlich zustehendes Herrschaftsrecht, sondern die im Wesen der Betriebsgemeinschaft liegende genossenschaftliche Satzungsgewalt wird vom Betriebsführer bei der Festsetzung der Betriebsordnung ausgeübt, und die Betriebsordnung selber ist die Satzung der Betriebsgemeinschaft als einer zur Setzung eigenen, „objektiven" Rechtes befähigten Genossenschaft. Die Genossenschaft aber beruht, auch wenn einem unter ihnen die bestimmende Führung und Entscheidung zusteht, auf der Gleichwertigkeit der Rechtsstellung aller Genossen, und so führt das richtige Verständnis der Betriebsordnung zu einer Bestätigung des Grundsatzes, daß Arbeiter und Unternehmer sich in gleichwertiger Rechtsstellung zu gemeinsamer Leistung verbunden haben.

[22]) Dagegen vor allem W. Siebert, „Arbeitsverhältnis" S. 63 f.

[23]) So F. Kühn a. a. O. S. 29 und das dort Anm. 53 genannte Schrifttum.

[24]) Vgl. E. R. Huber, „Die Gestalt des deutschen Sozialismus", 1934, S. 35 f.

[25]) So E. Tatarin-Tarnheyden, „Werdendes Staatsrecht", 1934, S. 61 f.; ders., „Das Reichskulturkammergesetz und seine grundsätzliche Bedeutung": JW. 1933, 2554.

[26]) Vgl. O. v. Gierke, „Deutsches Genossenschaftsrecht", Bd. 1 S. 155.

[27]) Lutz Richter, „Fragen zur ‚Rechtsnatur' der Betriebsordnung": DArbR. 1935, 314.

[28]) Vgl. E. R. Huber, „Betriebsordnung und Tarifordnung": JW. 1934, 1077 ff.

# Das mittelbare Arbeitsverhältnis

Von Professor Dr. Wilhelm Herschel, Köln

Wer zum erstenmal vom mittelbaren Arbeitsverhältnis hört, wird zu dem Verdacht neigen, es handle sich um eine Wortprägung, die aus reiner Lust an begrifflicher Konstruktion dem mittelbaren Besitz nachgeahmt sei. In Wahrheit ist aber das mittelbare Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis eigener Art, das gerade aus praktischen Bedürfnissen heraus erkannt worden ist, und es ist ebensowenig eine Fiktion wie der mittelbare Besitz. Seine Hauptanwendungsfälle sind der Deputant, der einen Hofgänger mitbringt, der Kapellmeister, der seinem Unternehmer (Kurverwaltung, Wirt u. dgl.) eine Musikkapelle stellt, ferner der Ziegelmeister, der eine Gruppe Arbeiter für den Dienst eines Unternehmers selbständig annimmt. Aber auch im Straßenbau und in anderen Betrieben kommt das mittelbare Arbeitsverhältnis vor. Allgemein gesprochen, sind die Kennzeichen dieses Verhältnisses, daß „der Beschäftigte von einem Mittelsmann angenommen ist, der seinerseits Arbeitnehmer eines Dritten ist, die geleistete Arbeit diesem Dritten zugute kommt und der Lohn für diese Arbeit in der dem Mittelsmann gewährten Vergütung enthalten ist"[1]). Die rechtswissenschaftliche Erfassung dieses Gebildes

[1]) Hueck-Nipperdey, „Lehrbuch des Arbeitsrechts", Bd. 1 (3—5) S. 40 N. 13 unter Hinweis auf Dersch.

ist noch nicht abgeschlossen, und es steht zu erwarten, daß sich von hier aus fruchtbare Erkenntnisse für das Arbeitsverhältnis überhaupt ergeben.

Vielleicht wäre man damit schon weiter gekommen, wenn man das mittelbare Arbeitsverhältnis stets gegenüber ähnlichen Erscheinungen scharf genug abgegrenzt hätte, so gegenüber dem Werkvertrag. Es kommt nämlich vor, daß sich ein Unternehmer zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges eines zweiten Unternehmers bedient, z. B. wenn ein Theaterunternehmer das Ensemble einer fremden Bühne zu einem Gastspiel verpflichtet, wenn ein Bauunternehmer, der ein Haus schlüsselfertig zu erstellen hat, die Erdarbeiten, die Heizungsanlage, die Installation usw. an Spezialfirmen untervergibt oder wenn eine Braunkohlengrube den Abraum durch ein Tiefbauunternehmen besorgen läßt. In diesen Fällen kann von einem mittelbaren Arbeitsverhältnis keine Rede sein, weil hier der Zwischenmann selbständiger Unternehmer ist. Er ist nicht in die Betriebsgemeinschaft des vergebenden Unternehmers eingegliedert, vielmehr steht er dieser als Fremder gegenüber. Er schuldet nicht Dienstleistungen, sondern ein Arbeitsergebnis, und er erstrebt nicht Arbeitsentgelt, sondern er hat sich zwecks Erlangung eines echten Unternehmergewinnes eingeschaltet. Ob ein Werkvertrag vorliegt, ist Tatfrage des Einzelfalles, und es ist besonders darauf zu achten, daß nicht etwa die äußere Form eines Werkvertrages zur Verdeckung eines in Wirklichkeit gewollten und bestehenden Arbeitsverhältnisses gewählt ist (§ 117 Abs. 2 BGB.). So schon RArbG.: ArbRSamml. 7, 36; 13, 327; 15, 125.

Ebenso muß das mittelbare Arbeitsverhältnis vom Arbeitsbeschaffungsvertrag (besser: Arbeiterbeschaffungsvertrag) unterschieden werden[2]). Gewiß gibt es Arbeitsbeschaffungsverträge. Das geltende Recht kennt ja einen Einstellungsvorvertrag als schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag, der auf künftige Eingehung eines Arbeitsverhältnisses gerichtet ist[3]). In gleicher Weise kann sich auch ein Mittelsmann schuldrechtlich verpflichten, einem Unternehmer die Dienstleistung eines Arbeiters oder Angestellten zu verschaffen. Das ist eben ein schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag und nicht, wie das mittelbare Arbeitsverhältnis, eine personenrechtliche Gemeinschaft. Geschuldet wird hier nicht unmittelbar die Arbeit, vielmehr die Gestellung eines Dritten zur Dienstleistung. Der Arbeitsbeschaffungsvertrag kann (und wird oft) dem mittelbaren Arbeitsverhältnis vorausgehen, ist aber nicht dieses Verhältnis selbst. Dasselbe gilt auch für ein bisher zu wenig beachtetes Gebilde, das ich als Arbeitsplatzbeschaffungsvertrag bezeichnen möchte. Er ist ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen dem Mittelsmann und dem Beschäftigten, z. B. zwischen einem Kapellmeister und einem Musiker, durch den sich der Mittelsmann verpflichtet, den Beschäftigten in einen Betrieb oder der Reihe nach in mehrere Betriebe, z. B. jeden Monat in ein anderes Café, einzugliedern oder wenigstens sich um solche Eingliederung zu bemühen. Der Arbeitsplatzverschaffungsvertrag enthält oft eine Lohngarantie für den Beschäftigten. Auch er darf nicht mit dem Arbeitsverhältnis verwechselt werden. — Daß Arbeiter- und Arbeitsplatzverschaffungsvertrag stets darauf zu prüfen sind, ob sie nicht gegen die Bestimmungen über Arbeitsvermittlung verstoßen oder deren Umgehung dienen, sei am Rande bemerkt.

Welche Besonderheiten das mittelbare Arbeitsverhältnis auch aufweisen mag, stets ist es echte Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft des Unternehmers, stets ist es ein echtes Arbeitsverhältnis, das Unternehmer und Beschäftigten verkettet[4]) — genau wie der mittelbare Besitz echter Besitz ist. Diese Einsicht ist von großer praktischer Bedeutung; sie gibt „ein auch für die rechtliche Konstruktion brauchbares Mittel in die Hand, die Arbeitsverhältnisse, die durch das Zwischenglied von Mittelspersonen bestehen, in einer juristisch wie sozialrechtlich befriedigenden Weise zu betrachten"[5]). Insbesondere folgt daraus, daß sozialversicherungsrechtlich der Unternehmer als Arbeitgeber des Beschäftigten anzusehen ist, daß es tarifrechtlich und arbeitszeitrechtlich auf den Betrieb des Unternehmers ankommt, daß der Unternehmer dem Beschäftigten Lohn zahlen muß, wenn der Mittelsmann dessen Lohnanteil veruntreut, daß der Lohnanspruch des Beschäftigten beim Unternehmer gepfändet werden kann, daß der Zwischenmann nicht für den Steuerabzug vom Arbeitslohn verantwortlich ist und nicht der Umsatzsteuer unterworfen werden kann, daß der Hofgänger gegenüber dem Gutsherrn den Wohnungsschutz des § 15 vorl. LandArbO. genießt usw. Alle diese praktischen Folgen werden klarer und fester begründet, wenn man das mittelbare Arbeitsverhältnis rechtswissenschaftlich zutreffend erfaßt.

Diese Erfassung muß einheitlich sein, sie darf nicht in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil auseinandergerissen werden, wie ja überhaupt das Recht der Arbeit „sich schlechterdings nicht in privates und öffentliches Recht aufspalten"[6]) läßt. Daß die Sozialversicherungsbehörden zuerst der wahren Erkenntnis des mittelbaren Arbeitsverhältnisses Vorspann geleistet haben, erklärt sich nicht aus dem „öffentlichen" Recht, sondern einfach daraus, daß hier aus praktischen Gründen das Wesen der Sache besonders stark hervortrat und sich die Sozialversicherungsbehörden unbekümmert um vorgefaßte Begriffe zum Kern durchrangen. Daraus kann man aber keineswegs die Notwendigkeit ableiten, in diesem Punkte eine besondere öffentlich-rechtliche neben einer besonderen privatrechtlichen Betrachtungsweise anzuerkennen. Es ist bisher kein hinreichender Grund vorgebracht worden, der eine einheitliche Lehre vom mittelbaren Beschäftigungsverhältnis als unmöglich oder auch nur als unerwünscht erscheinen ließe.

Dabei muß man auch berücksichtigen, daß die bisher auf „privatrechtlichem" Gebiet herrschende Lehre durch die neuere Entwicklung des arbeitsrechtlichen Denkens überholt ist und schon deshalb der Berichtigung bedarf. Die bisherige Lehre ging nämlich vom schuldrechtlichen Arbeitsvertrag aus und bewegte sich im hergebrachten Schema des BGB. Danach hat der Unternehmer den Mittelsmann beauftragt und bevollmächtigt, den Beschäftigten namens des Unternehmers einzustellen. In ihrer am meisten weitgehenden Spielart zertrennt diese Lehre, was zusammengehört, und zurück bleibt ein Arbeitsvertrag Unternehmer—Mittelsmann und ein Arbeitsvertrag Unternehmer—Beschäftigter. Diese Auffassung stößt auf erhebliche Schwierigkeiten, wenn nicht einmal die tatsächlichen Voraussetzungen einer stillschweigenden Bevollmächtigung gegeben sind. Abgesehen hiervon ist auch grundsätzlich diese Zweiteilung bedenklich. Daher hat das RArbG.: ArbRSamml. 6, 120 schon 1929 entschieden, es handle sich „um ein zusammengesetztes, innerlich verbundenes Arbeitsverhältnis", nicht um „zwei ganz selbständige, voneinander unabhängige Arbeitsverhältnisse". Weiter konnte das RArbG. damals nicht gehen, weil man das Arbeitsverhältnis im wesentlichen als schuldrechtlichen Vertrag auffaßte. Erkennt man aber mit Siebert[7]) an, „daß das Arbeitsverhältnis (im Betriebe) als Verwirklichung und unmittelbare Erscheinungsform der Betriebsgemeinschaft, als Gliedstück, Bestandteil oder Ausschnitt aus der Betriebsgemeinschaft anzusehen ist", so kann man diese innere Einheit folgerichtig zu Ende denken. Denn in diese Betriebsgemeinschaft ist auch eingegliedert, wer in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis steht; auch er hat an der Betriebsgemeinschaft teil. Daß diese Eingliederung irgendwie auf dem Wege über den Zwischenmann erfolgt, ist eine Besonderheit; aber diese Besonderheit vermag nichts daran zu ändern, daß wir es mit einer echten Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft zu tun haben. Ist es aber richtig, daß der fragliche Arbeitsmensch in die Betriebsgemeinschaft eingeordnet wird, so kann man sich dem erst recht nicht mehr

---

[2]) Dersch: DArbR. 1934, 199; Kölble: DJZ. 1936, 1350 zu 8. A. M. Roeder: RdRN. 1935, 230; AkadZ. 1937, 116 N. 12.

[3]) Siebert: DArbR. 1937, 45 f.

[4]) Dersch-Volkmar, ArbGG. (5) S. 129; vgl. neuestens Rhode: AkadZ. 1937, 204 f.

[5]) Dersch a. a. O. S. 198 r. Sp.

[6]) Eckhardt, „Das Studium der Rechtswissenschaft" S. 23.

[7]) Siebert a. a. O. S. 16 zu 2.

verschließen, daß ein echtes Arbeitsverhältnis vorliegt und daß er echter Gefolgsmann des Unternehmers ist. Jede andere rechtliche Auffassung würde dem Wesen der Sache nicht gerecht und am Äußern haften bleiben.

Diese Ansicht hat erhebliche rechtspolitische Vorzüge. Nach wie vor bleibt allerdings das mittelbare Arbeitsverhältnis unerwünscht, weil sich zwischen Führer und Gefolgsmann eine Zwischenperson einschiebt. Es muß unser Ideal sein, das Führer-Gefolgsmann-Verhältnis möglichst rein, unmittelbar und persönlich zu gestalten und alles auszuscheiden, was diese persönliche Unmittelbarkeit abzuschwächen vermöchte. Kann man aber aus praktischen Gründen hier oder dort das mittelbare Arbeitsverhältnis nicht entbehren, so erscheint es doppelt wichtig, in ihm auf eine möglichst enge, persönlich gefärbte Beziehung zwischen Führer und Gefolgsmann Wert zu legen. Gerade das ist möglich, wenn man einmal klar erkannt hat, daß das mittelbare Arbeitsverhältnis ein echtes Arbeitsverhältnis ist. Es mag wieder an den ähnlichen Fall des mittelbaren Besitzes erinnert werden. Die Herausarbeitung dieses Begriffes war fruchtbar, und zwar deshalb, weil die Erkenntnis eines mittelbaren, aber echten Besitzes erst die Voraussetzung dafür ist, daß alle wahren Besitztatbestände nach den Regeln über den Besitz behandelt werden können; andernfalls würden wichtige Besitztatbestände Gesetzen unterstellt, die auf sie nicht passen. So sichert auch hier die Erkenntnis des mittelbaren Arbeitsverhältnisses als eines echten Arbeitsverhältnisses, daß der unter Mitwirkung des Zwischenmannes eingegliederte Arbeitsmensch als vollwertiges Glied und nicht als Fremdling der Betriebsgemeinschaft erachtet wird. Dadurch ist ein fester Boden für die oben bereits genannten Beispiele geschaffen. Es sei nur nochmals hervorgehoben, daß auf diese Weise vor allem außer Frage gestellt ist, daß eine für den Betrieb zuständige Tarifordnung auch den mittelbar Beschäftigten erfaßt. Das wäre rechtlich kaum möglich, wenn man ihn nicht als Angehörigen der Betriebsgemeinschaft wertete.

Kurz, die Lehre vom personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses bewährt sich auch hier. Sie erleichtert die rechtliche Erfassung des mittelbaren Arbeitsverhältnisses wesentlich und führt dabei zu Ergebnissen, die geeignet sind, diesem Rechtsgebilde ein gut Teil seiner sozialen Schädlichkeit zu nehmen. Mit der Erkenntnis, daß der so Beschäftigte in die Betriebsgemeinschaft voll eingegliedert ist, hat eben das mittelbare Arbeitsverhältnis an Bedenklichkeit verloren: der Unternehmer und der mittelbar Beschäftigte werden als Führer und Gefolgsmann herausgestellt.

Nicht minder kann die personenrechtliche Auffassung vom Arbeitsverhältnis die Beziehungen des Beschäftigten zum Mittelsmann klären helfen. Das richtig verstandene Arbeitsverhältnis ist ja nicht bloß eine Führer-Gefolgsmann-Beziehung, sondern ein Gliedstück der Betriebsgemeinschaft. Das Erbe der ehemaligen Lehre vom schuldrechtlichen Arbeitsvertrag belastet uns heute noch, und so neigen wir mehr oder weniger dazu, etwas einseitig dieses Gliedstück zu isolieren oder wenigstens überzubetonen. Zur Betriebsgemeinschaft gehören auch die übrigen Arbeitskameraden, und es muß nachdrücklich unterstrichen werden, daß nur eine ganzheitliche Betrachtung aller in der Betriebsgemeinschaft verbundenen Arbeitsmenschen zulässig ist. Eine ähnliche Frage erhebt sich auch im Mietrecht. Man darf allerdings nicht aus der Hausgemeinschaft alle möglichen Pflichten der Hausgenossen untereinander ableiten [8]). Es mag auch dahingestellt bleiben, ob es etwa angängig oder wenigstens erstrebenswert ist, einen Prokuristen, der gewissenlos den Betrieb zugrunde gerichtet hat, aus dem Gemeinschaftsverhältnis den erwerbslos gewordenen Mitarbeitern haften zu lassen. Grundsätzlich kann auf jeden Fall die Möglichkeit nicht geleugnet werden, aus der Betriebsgemeinschaft rechtliche Folgerungen für die Beziehungen der Gefolgsleute untereinander abzuleiten. Vor allem können in die Betriebsgemeinschaft als deren Bestandteile engere Gemeinschaften von Gefolgsleuten untereinander organisch eingeordnet sein, wie z. B. bei Akkordkolonnen. Hier ergeben sich neue arbeitsrechtliche Betrachtungsweisen. Was den Mittelsmann anlangt, so habe ich bereits in JW. 1936, 2767 [77] darauf hingewiesen, daß man dessen Verhältnis nicht in zwei selbständige Teile sezieren kann; es handle sich zum mindesten inhaltlich um ein einheitliches personenrechtliches Gliedschaftsverhältnis innerhalb der Betriebsgemeinschaft, das sowohl gegenüber dem Unternehmer (bzw. dem Führer des Betriebs) wie gegenüber den Arbeitskameraden, z. B. beim Hofgänger gegenüber dem Deputanten, wirksam sei. Sowohl der Zwischenmann wie der Beschäftigte sind ja in die Betriebsgemeinschaft mit dem Unternehmer eingegliedert. Es führt daher m. E. leicht zu Mißverständnissen, wenn man ersteren mit Bodmann [9]) als „arbeitgeberähnliche Person" bezeichnet; denn „Arbeitgeber" ist ausschließlich der Unternehmer, der Mittelsmann braucht nicht einmal unbedingt Vorgesetzter des Beschäftigten zu sein. Auch diese Grundauffassung von der Einheitlichkeit des Verhältnisses hat praktischen Wert. Man denke an den Fall, daß der Mittelsmann aus dem Dienste des Unternehmers, etwa zufolge fristloser Kündigung, ausscheidet! Hierzu sagt das LArbG. Stettin [10]): „Man wird hier also dem jugendlichen Arbeiter z. B. das Recht fristloser Kündigung zugestehen müssen, wenn der Deputant, bei dem er untergebracht ist, sein Dienstverhältnis wirksam fristlos kündigt. Das gleiche wird umgekehrt für den Betriebsinhaber gelten müssen, wenn ihm der Deputant das Recht fristloser Kündigung gibt." Diese Auffassung ist einmal bedenklich, weil sie der Notwendigkeit nicht gerecht wird, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß der Arbeitsmensch in seinem Betriebe verwurzeln und in ihm eine berufliche Heimat finden kann. Außerdem verkennt sie das Führer-Gefolgsmann-Verhältnis. Auch wer im mittelbaren Arbeitsverhältnis tätig ist, „steht heute zu dem Betriebsführer in einem ebenso engen und ebenso persönlichen Treueverhältnis wie jeder andere Arbeiter auch, und es ist daher ausgeschlossen, daß ihm etwa die durch einen anderen begangene Treueverletzung ebenso zugerechnet wird wie seine eigene oder daß er umgekehrt aus der Treueverletzung einem anderen gegenüber für sich irgendwelche Rechte herleiten kann" [11]). Daraus folgt auch, daß das Ausscheiden des Deputanten aus dem Betrieb diesen noch nicht berechtigt, ohne weiteres und immer den Hofgänger aus seiner Hausgemeinschaft zu entlassen; vielmehr wirkt unter Umständen insoweit ihm gegenüber die Betriebsgemeinschaft nach.

Endlich muß von hier aus auch die Frage gesehen werden, inwieweit der Zwischenmann haftbar ist, und zwar sowohl für den Beschäftigten wie für den Unternehmer. In dem schon erwähnten Urteil aus dem Jahre 1929 hat das RArbG. entschieden, in solchen Fällen ständen dem Beschäftigten zwei Schuldner gegenüber, nämlich der Unternehmer und der Mittelsmann; sie hafteten als Gesamtschuldner und § 426 BGB. werde dazu führen, daß im Innenverhältnis der Unternehmer ausgleichspflichtig sei. Diese Auffassung wird preisgegeben werden müssen. Denn der mittelbar Beschäftigte ist Gefolgsmann und deshalb haftet ihm auch nach außen hin in erster Linie der Unternehmer selbst. Die Einbeziehung des Zwischenmannes in die Haftung ergibt sich aus dem Wesen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses nicht. Sie kann jedoch erstens auf besonderer Abrede beruhen, z. B. auf einer Bürgschaftsübernahme und vor allem auf einem Arbeitsplatzverschaffungsvertrag (vgl. oben). Zweitens kann sie aus einem Verschulden des Mittelsmannes herzuleiten sein; denn der Zwischenmann würde gegen seine betriebsgemeinschaftlichen Pflichten verstoßen, wenn er den Beschäftigten schuldhaft durch Einreihung in den Betrieb schädigt, z. B. wenn er jemanden wider besseres Wissen veranlaßt, eine sichere Lebensstellung

[8]) LG. Koblenz und Roquette: JW. 1937, 485 [36] — beide m. E. im konkreten Falle zu sehr zurückhaltend. Grundlegend und beifallswert Roquette: JW. 1935, 1769 [3] und insbesondere in „Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete" S. 25 ff.; Kallfelz: JW. 1937, 95 [3]; RG.: JW. 1937, 737 [1].

[9]) Bodmann: DArbR. 1937, 94 f.

[10]) LArbG. Stettin: JW. 1936, 2766 [77].

[11]) Kölble a. a. O. Sp. 1350.

mit einem Arbeitsplatz in einem konkursreifen Betriebe zu vertauschen (culpa in contrahendo). Es ist auch kein Grund vorhanden, diese Haftung des Mittelsmannes rechtsähnlich nach § 708 BGB.[12]) auf die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, zu beschränken. Das wird nur dann ausnahmsweise der Fall sein können, wenn besondere Beziehungen zwischen Mittelsmann und Beschäftigten dies geboten erscheinen lassen. Umgekehrt haftet der Zwischenmann grundsätzlich nicht für den Beschäftigten; denn dieser ist nicht Erfüllungsgehilfe des Mittelsmannes (§ 278 BGB.), sondern eigener Gefolgsmann des Unternehmers mit eigener und unmittelbarer Verantwortung. Eine Haftung des Zwischenmannes kommt daneben nur in den beiden Fällen vor, die wir bereits entsprechend kennengelernt haben, namentlich wenn er einen fachlich untauglichen oder charakterlich wertlosen Beschäftigten dem Betriebe schuldhaft zugeführt hat.

Diese Darlegungen sollen die Rechtsfragen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses nicht erschöpfend behandeln. Ihre Aufgabe ist lediglich, zu zeigen, daß auch dieses Gebilde auf Grund der Lehre vom personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses viel besser begriffen und gehandhabt werden kann und daß sich auch hierbei das neue Rechtsdenken als fruchtbar erweist.

[12]) Zum Unterschied zwischen Arbeitsverhältnis und Mitunternehmerschaft im allgemeinen vgl. Mansfeld-Pohl, „Die Ordnung der nationalen Arbeit" (2) S. 89.

---

# Die Verwirkung im Arbeitsrecht

## systematisch besprochen unter Berücksichtigung der neuesten reichsarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Von Amtsgerichtsrat Dr. Robert Franke, Vorsitzender beim Arbeitsgericht Frankfurt a. M.

### 1. Begriff der Verwirkung

Die Verwirkung ist ein Anwendungsfall des das ganze Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Dieser Grundsatz kann es gebieten, die Ausübung eines an sich bestehenden, formalen Rechts unzulässig zu machen. Eine solche Unzulässigkeit der Rechtsausübung kommt insbesondere auch in Betracht, wenn der Berechtigte sich mit der Ausübung seines Rechtes zu seinem bisherigen Verhalten in Widerspruch setzt. Hat er längere Zeit hindurch sein Recht nicht geltend gemacht, so daß der Verpflichtete diese Haltung so deuten konnte, als wolle der Berechtigte auf seinem Recht nicht mehr bestehen, tritt er aber dann plötzlich noch mit seinem Anspruch hervor, so ist durch dieses in sich gegensätzliche Verhalten die hauptsächliche Voraussetzung für die Verwirkung des Anspruches gegeben.

So tritt die Anspruchsverwirkung selbsttätig ein als gesetzliche Folge des Verhaltens des Gläubigers. Ihre gesetzliche Grundlage ist der § 242 BGB., wonach der Schuldner die Leistung nur so zu bewirken verpflichtet ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und also auch der Gläubiger die Leistung nur so verlangen darf, daß er mit diesem Verlangen nicht wider Treu und Glauben verstößt.

Die Verwirkung ist daher sehr zu unterscheiden von dem Verzicht. Der Verzicht ist ein Rechtsgeschäft, die Verwirkung nicht. Und zwar ist der Verzicht ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (§ 397 Abs. 1 BGB.) und baut sich als solches auf dahingehenden Willenserklärungen der Parteien auf; die Forderung wird vom Gläubiger dem Schuldner erlassen, und dieser ist hiermit einverstanden. Die Verwirkung aber ist eine von dem Willen der Beteiligten unabhängig eintretende, gesetzliche Folge aus ihrem Verhalten zu der fälligen Forderung bezüglich deren Erfüllung. Diese begriffliche Unterscheidung ist besonders zu beachten für die Voneinanderhaltung von stillschweigendem Verzicht und Verwirkung, die gerne verwechselt werden. Auch zur Annahme des stillschweigenden Verzichts gehört die Feststellung eines rechtsgestaltenden Aktes von Gläubiger und Schuldner. Oft aber wird fälschlicherweise von stillschweigendem Verzicht gesprochen, wo nur Verwirkung in Frage kommt.

Die Verwirkung ist auch zu scheiden von der Verjährung. Die Verjährung tritt lediglich auf Grund des in seiner Länge genau gesetzlich festgelegten Zeitablaufes ein, ohne Rücksicht auf das Verhalten des Gläubigers. Bei der Verwirkung hingegen steht dieses Verhalten im Vordergrund, wenn sie auch ebenfalls eines Zeitablaufes nicht entbehren kann. Verwirkung und Verjährung schließen daher einander nicht aus.

Hingegen sind Verwirkung und allgemeiner Einwand der gegenwärtigen Arglist nicht wesensverschieden, die scharfe Gegenüberstellung dieser beiden Rechtserscheinungen durch das RArbG. (ArbRSamml. 27, 294; 28, 310) überzeugt nicht. Wenn man den Arglisteinwand dann für gerechtfertigt ansieht, wenn das gegenwärtige Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt, wenn insbesondere die Geltendmachung eines Anspruches im Hinblick auf ein früheres gegensätzliches Verhalten des Anspruchsberechtigten Treu und Glauben widerspricht, so erscheint die Verwirkung vielmehr lediglich als ein Unter- oder Sonderfall des Arglisteinwandes, zumal das RArbG. selbst schon die Verwirkung als gegeben angesehen hat, wenn die nachträgliche Forderung gegen Treu und Glauben verstoße und dadurch arglistig werde (ArbRSamml. 26, 105). Jedenfalls dürfte hier ein grundsätzlicher Unterschied nicht anzuerkennen sein, da gerade auch die Verwirkung auf das gegensätzliche Verhalten zwischen längerer Nichtgeltendmachung und späterer Geltendmachung aufgebaut ist.

### 2. Rechtspolitische Begründung der Verwirkung

Die Verwirkung ist ein Kind der Praxis, der Rechtsprechung. Sie ist aus dem praktischen Bedürfnis, gerade auch aus den Bedürfnissen der arbeitsrechtlichen Praxis, geboren. Diese Tatsache als solche beweist eigentlich schon ihre Berechtigung im Arbeitsrecht.

Ich will auf das praktische Bedürfnis nach der Anwendbarkeit der Verwirkung bzw. seine Gründe nicht eingehen; dem Praktiker ist es schon aus eigenem Empfinden bekannt (vgl. meine Ausführungen JW. 1935, 1306; DArbR. 1935, 258 bis 260)[1]). Es hat ferner ja auch in den vielen Verwirkungsklauseln der Tarif- und Betriebsordnungen seine Bestätigung gefunden, deren Zulässigkeit das RArbG. gerade neuerdings wieder anerkannt hat (ArbRSamml. 27, 313 ff., 316; 28, 261 ff.).

Die Verwirkung ist aber nicht nur aus dem den einzelnen Rechtsfällen entspringenden praktischen Bedürfnis nach ihrer Anwendung heraus begründet, sie ist nicht nur zudem wissenschaftlich begründet und überwiegend anerkannt, sie ist auch

[1]) Zur Illustration folgender Auszug aus einer Klagebeantwortung (ArbG. Frankfurt a. M. 2 Ca 140/36):

„Als der Kläger seine Stellung bei mir antrat, legte er keinen Wert auf tarifliche Entlohnung. Ich bot ihm den erhaltenen Lohn und erhielt sein Einverständnis, nachdem ich ihm erklärt hatte, mein Geschäft sei nicht so gestellt, daß ich den Tariflohn zahlen könne. ... Es ist anzunehmen, daß der Kläger aus reiner Überlegung mit dem Gedanken umgegangen ist, die heute bestehenden Gesetze zum Schutze der Arbeitnehmer auszunutzen ohne Rücksicht auf den Schaden, der dadurch einem Handwerker entsteht. Meines Ermessens ist der Arbeitnehmer strafbar, der sich anbietet, unter Tarif zu arbeiten, um nachher über den Arbeitgeber mit einer Nachforderungsklage herzufallen. Wie sich ein solches unwürdiges Gebaren auswirken kann, ist wohl am besten zu folgern, wenn man bedenkt, daß eine derartige Klage nach mehrjähriger Beschäftigung erfolgen könnte. Daß damit ein solides Geschäft vollständig ruiniert werden kann, darüber dürfte wohl kein Zweifel bestehen."

aus einem höheren, rechtspolitischen Gesichtspunkte gerechtfertigt. Hierzu folgende Bemerkungen:

Die Rechtsprechung ist nicht Selbstzweck und nur dazu da, den konkreten Rechtsstreit zu beenden. Sie hat darüber hinaus höhere Zwecke und vor allem einen erzieherischen Zweck. Die Entscheidung in Rechtsstreitigkeiten ist so zu treffen, daß sie zugleich erzieherisch wirkt, erzieherisch in dem Sinne, daß durch Abschreckung von dem zu tadelnden Verhalten des gegebenen Falles sich gleichartige Streitfälle nicht wiederholen mögen. Im Dienste dieser erzieherischen Aufgabe steht auch die Verwirkung.

Die Durchsetzung der Tarife ist oberstes Gebot, zweifellos. Davon ist auszugehen, seine Erfüllung ist das Endziel. Es wäre aber kurzsichtig, nun deshalb stur zu fordern, bei untertariflicher Entlohnung den Unternehmer auf jeden Fall zur Nachzahlung der Tarifdifferenz zu verurteilen. Damit würde gewiß und in jedem Falle dem Tarif zur Erfüllung verholfen. Es würde aber (hier ganz abgesehen von der mit einer prinzipiellen Ausschaltung der Berücksichtigung von Treu und Glauben verbundenen Gefahr, dem einzelnen Fall Unrecht anzutun) ebenso sicher nicht verhindert, daß Fälle untertariflicher Entlohnung während des Arbeitsverhältnisses immer wieder vorkämen und die Instanzen der Deutschen Arbeitsfront und Arbeitsgerichte deshalb am Ende immer wieder zur Durchsetzung des Tarifes herangezogen werden müßten. Denn die Beschäftigten könnten es und würden es bei einer derartigen bedingungslosen Erzwingbarkeit ihrer Tarifansprüche stets von neuem darauf ankommen lassen, wenn sie untertariflich entlohnt werden, die Durchsetzung ihrer Nachzahlungsansprüche bis nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder bis kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist zurückzustellen. Ja, sie könnten sich sogar dazu ermuntert fühlen, durch ausdrückliches Einverständnis wenn nicht Sichanbieten zu untertariflicher Entlohnung den Unternehmer zur Nichteinhaltung der Tarife zu verführen, um in Verdienststellen zu gelangen oder zu bleiben. Darin liegt aber gerade der zu beseitigende Übelstand. Es muß, um das Übel der untertariflichen Entlohnung an der Wurzel anzufassen, dem entgegengewirkt werden, daß überhaupt schon Tarifnachforderungen entstehen und auflaufen und die Tarife erst durch Inanspruchnahme der Deutschen Arbeitsfront und Arbeitsgerichte zur Verwirklichung kommen. Die Tarife sollen nicht nur im Ergebnis eingehalten werden, sondern sie sollen laufend befolgt werden. Gerade erst in der stets währenden und gleichmäßigen Erfüllung des Tarifes liegt sein Erfolg begründet, denn es ist weder für den Beschäftigten noch für den Unternehmer günstiger, wenn bei den laufenden Lohnzahlungen der Tarif unterschritten wurde und die hierdurch aufgelaufene Summe der zu wenig gezahlten Differenzbeträge erst hinterher erhältlich und auf einmal zu leisten ist.

Die Abstellung dieser Mängel ist allein durch Erziehung zu erreichen, und in den Dienst dieser Erziehung muß sich auch die Rechtsprechung stellen. Das richtige erzieherische Mittel der zivilen, arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verwirkung[2]). Sie wendet sich an den Beschäftigten, dem nun einmal naturgemäß die Initiative zur Verfolgung seiner Rechte zukommt, und zwingt ihn zu alsbaldiger Geltendmachung des Tarifes zur Wahrung seiner Ansprüche. Somit ist die Verwirkung im Arbeitsrecht auch aus rechtspolitisch-erzieherischen Gründen grundsätzlich zu bejahen.

Freilich müssen zugleich nach Möglichkeit die Hemmungen beseitigt werden, die der Beschäftigte verständlicherweise davor empfindet, während des Arbeitsverhältnisses mit Ansprüchen hervorzutreten. Es muß ein sicherer Kündigungsschutz hinzutreten. Die Kündigung, die nur wegen der Geltendmachung berechtigter Ansprüche erfolgt, ist sittenwidrig und nichtig. Die Verwirkung ist nur zu vertreten in Verbindung mit einem verläßlichen und vollkommenen Rechtsschutz gegen die Druckkündigung.

Allerdings, es ist Erfahrungstatsache, daß die Beschäftigten mit Ansprüchen gegen den Unternehmer in der Regel erst nach Lösung des Arbeitsverhältnisses hervortreten. Und zwar, selbst wenn rechtlich alles was möglich getan ist, um den Kündigungsdruck unschädlich zu machen (die Rechtsprechung behandelt ja die Druckkündigung als sittenwidrig und nichtig), wird sich nicht erreichen lassen, daß die Beschäftigten ihre Ansprüche alsbald und schon während des Arbeitsverhältnisses zur Regelung bringen. Eine wenn auch nur gefühlsmäßige und menschlich gewiß begreifliche Abneigung hiergegen, also ein gewisser Kündigungsdruck bzw. eine Kündigungsfurcht, wird immer bestehen bleiben. Diese Feststellung aus dem Abhängigkeitscharakter der Stellung des Beschäftigten zum Unternehmer läßt sich jedoch nicht rechtfertigen als Einwand gegen die Verwirkbarkeit von Beschäftigtenansprüchen. In diesem Zusammenhang sei ganz allgemein auf folgendes hingewiesen:

Wo immer Menschen miteinander in Rechtsbeziehungen treten und stehen, ist ihre wirtschaftliche Stellung bzw. Stärke zueinander verschieden, sei es auf Grund der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten oder auf Grund der allgemeinen Verhältnisse, wie sie sich durch den Stand von Angebot und Nachfrage bezüglich der den Gegenstand der Rechtsbeziehung bildenden Leistung darstellen. So ergibt sich stets eine gewisse wirtschaftliche Überlegenheit des einen über den andern. Es ist nicht Aufgabe des Rechts und überhaupt unmöglich, mit rechtlichen Mitteln die wirtschaftliche Unterlegenheit des Schwächeren vollständig zu beseitigen und die Kontrahenten in ihrer Ausgangsstellung zueinander anzugleichen. Im Gegenteil, die persönlich-wirtschaftliche Ungleichheit der Menschen ist sozusagen naturgegeben, und eine künstlich-rechtliche Gleichmachung würde das gesunde Streben nach Besserstellung gefährden. Der rechtliche Schutz kann und soll daher dem wirtschaftlich Schwächeren nur insoweit gewährt werden, um seine wucherische Ausbeutung und sozial schädliche Bedrückung zu unterbinden. So besteht auch im Arbeitsleben die gekennzeichnete ungleiche Stellung zwischen Beschäftigtem und Unternehmer, wobei übrigens in hierfür günstigen Zeiten durchaus auch der Beschäftigte der überlegene sein kann. Die Verwirkung kann daher im Bereiche des Arbeitsrechts ebensowenig ausgeschlossen werden wie im übrigen Recht.

Zu berücksichtigen ist andererseits, daß der rechtliche Schutz des wirtschaftlich Schwächeren im Arbeitsrecht wegen der hier besonders stark auftretenden sozialen Belange ausgeprägter und weitergehender ist als auf den anderen Rechtsgebieten. Dies sollte immerhin Veranlassung dazu geben, die Verwirkung gegen den Beschäftigten gebührendenfalls milder anzuwenden, um dadurch bei ihrer Anwendung seiner Abhängigkeit Rechnung zu tragen.

### 3. Verwirkung und Unabdingbarkeit

Es wäre falsch und eine Verkennung des Wesens der Unabdingbarkeit, wenn man die Verwirkbarkeit tariflicher Ansprüche wegen der Unabdingbarkeit verneinen wollte. Denn das Unabdingbarkeitsprinzip will und kann — wie schon aus dem Wort „unabdingbar" hervorgeht — den unabdingbaren Anspruch nur vor der rechtsgeschäftlichen Beeinträchtigung schützen, also vor allem gegen die vereinbarungsmäßige Unterschreitung und den Verzicht. Die Verwirkung hingegen ist eine Einwirkung kraft Gesetzes (§ 242 BGB.). Überdies ist zu beachten, daß die Verwirkung ein Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rechtsverkehr ist, letzterer sich aber überall durchsetzt und alle Rechtsbeziehungen beherrscht und beherrschen muß, folglich auch diejenigen, die einen unabdingbaren Anspruch zum Gegenstand haben.

Schließlich ist auch die Beeinträchtigung des Anspruches, die durch die Verwirkbarkeit besteht, gar nicht so weitgehend, daß sie untragbar erscheinen könnte. Der Anspruch wird nicht

---

[2]) Andere gerichtliche Erziehungsmittel sind die Bestrafung nach § 22 ArbOG. und im Wege der sozialen Ehrengerichtsbarkeit, die sich an den Unternehmer wenden. Die untertarifliche Entlohnung ist vor dem sozialen Ehrengericht verfolgbar, wenn sie unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe böswillig und aus asozialer Gesinnung erfolgte. — Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und die ihr vorgeschaltete Schlichtungsinstanz der DAF. bekommen sich nur mit Streitfällen bzw. abgelaufenen Arbeitsverhältnissen zu befassen. Das Haupterziehungsmittel muß natürlich sein, für die zukünftigen bzw. beginnenden Arbeitsverhältnisse bezüglich der Tarife aufklärende Weisungen zu geben, um so spätere Streitfälle von vornherein zu verhüten.

an seiner Entstehung gehindert, er wird auch nicht an seiner Verwirklichung gehindert, die Verwirkung richtet sich vielmehr nur gegen die ungebührlich verzögerte Geltendmachung des Anspruches (RArbG.: ArbRSamml. 28, 264).

Zuzugeben ist allerdings die starke Intensität und Durchschlagskraft des Tariflohnanspruches, die ihm durch die Unabdingbarkeit und den gesetzesgleichen Charakter der Tarifbestimmungen verliehen wird. Dies vermag aber aus den angeführten Gründen die Verwirkbarkeit dieser Ansprüche nicht auszuschließen, sondern kann allenfalls eine vorsichtige und gemäßigte Anwendung der Verwirkung auf Tarifansprüche gebieten.

### 4. Die Voraussetzungen der Verwirkung im einzelnen

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwirkung ist durch die neue arbeitsrechtliche Gesetzgebung nicht berührt worden, insbesondere auch nicht durch das ArbOG. Selbst für Tarifansprüche schließen weder die verstärkte Stellung der Tarife noch etwa § 22 ArbOG. (Strafbarkeit der Tarifunterschreitung) die Verwirkung aus (betr. § 22 ArbOG. siehe RArbG.: ArbRSamml. 27, 81 und meine Stellungnahme DArbR. 1935, 264). Das RArbG. hat sich gerade in letzter Zeit erneut mit der Verwirkung beschäftigt und ist durch mehrere grundsätzliche Entscheidungen zu diesem Problem bei der allgemeinen Anerkennung der Verwirkung geblieben. Allerdings hat auch das RArbG. andererseits im praktischen Gebrauch der Verwirkung starke Zurückhaltung geübt und gefordert. Dies drückt sich auch in den Voraussetzungen aus, die das RArbG. für die Anwendbarkeit bzw. den Eintritt der Verwirkung aufstellt.

Die Verwirkung eines Anspruches tritt hiernach ein, wenn der Gläubiger die Geltendmachung des Anspruches so lange verzögert, daß er sich mit seinem seitherigen Schweigen in Gegensatz bringt und daß der Schuldner sich billigerweise, weil er mit einer Geltendmachung nicht mehr zu rechnen brauchte, auf dauernde Nichtgeltendmachung eingerichtet hat. Es genügt nicht Zeitablauf und Untätigkeit des Berechtigten, sondern es muß hinzukommen, daß die nachträgliche Forderung gegen Treu und Glauben verstößt. Dazu ist erforderlich, nicht nur daß der Gläubiger den Anspruch bislang nicht geltend machte, sondern daß er auch ein Verhalten beobachtete, als wolle er den Anspruch überhaupt nicht mehr geltend machen; ferner auf seiten des Schuldners, nicht nur daß dieser nicht mehr mit einer Geltendmachung rechnete und zu rechnen brauchte, sondern auch, daß ihm nach den Umständen die nachträgliche Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann. Damit sind die Voraussetzungen der Verwirkung ziemlich einengend festgelegt. Insbesondere wird man auf seiten des Schuldners schon fordern müssen, daß er sich ersichtlich oder offensichtlich auf Nichtgeltendmachung eingerichtet hat oder daß die Nachzahlung für ihn wirtschaftlich zu einschneidend oder untragbar sein würde. Jedenfalls wird die wirtschaftliche Lage des Unternehmens mit zu berücksichtigen sein.

Siehe RArbG.: ArbRSamml. 26, 34 ff., 37; 26, 102 ff., 104 f.; 27, 79 ff.; 27, 83 ff.; 27, 201 ff., 203; 27, 289 ff.; 28, 310.

Weitere Äußerungen der Rechtsprechung zur Verwirkung aus jüngerer Zeit siehe ArbG. Berlin: ArbRspr. 1935, 238 f., 257 f.; 1936, 153; LArbG. München: ArbRSamml. 24, 117 ff.; LArbG. Essen: ArbRSamml. 25, 212 ff.; LArbG. Düsseldorf: ArbRSamml. 26, 6 f.; RArbG.: ArbRSamml. 24, 17 (teilweise abwegig); 26, 7 ff., 237 ff.; ArbRKart., Karte „Verwirkung, Einzelfälle 8“; RG.: ArbRSamml. 27, 14 ff.

### 5. Ausschluß der Verwirkung

Ist hiernach die Verwirkung durch ihre begrifflichen Voraussetzungen schon sehr eingeschränkt, so gibt es außerdem Fälle, in denen ihre Anwendung völlig ausgeschlossen ist.

Ein solcher Fall ist zunächst anzunehmen, wenn der Unternehmer den Anspruch anerkannt hat. Das Anerkenntnis, durch welches zugleich eine Erfüllungsabsicht zum Ausdruck gelangt, macht eine besondere Geltendmachung des Anspruches, durch die der Verpflichtete daran gehindert werden soll, sich auf eine Nichtgeltendmachung einzurichten, überflüssig. Ein Anerkenntnis ist besonders und auch ohne ausdrückliche Erklärung zu vermuten, wenn der Unternehmer mit dem ganzen Lohn im Rückstand geblieben ist.

Ein weiterer, häufiger Fall des Ausschlusses der Verwirkung liegt vor, wenn der Unternehmer durch vorsätzliche Nichterfüllung der Ansprüche des Beschäftigten diesem gegenüber seine arbeitsvertragliche Fürsorge- und Treuepflicht mißachtet hat. Denn der Unternehmer würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich, nachdem er selbst durch die vorsätzliche Nichterfüllung seine arbeitgeberische Treuepflicht verletzte, gegenüber dem Beschäftigten auf Treu und Glauben und damit auf die Verwirkung berufen wollte. In der bewußten Nichterfüllung liegt allerdings nicht immer zugleich eine Verletzung der Fürsorge- und Treuepflicht des Unternehmers. Dies kann mit der Folge, daß sich der Unternehmer auf die Verwirkung nicht berufen kann, nur angenommen werden, wenn die Nichterfüllung aus keinem vertretbaren Grunde geschah, so wenn der Unternehmer damit gegenüber tariftreuen Unternehmern einen Vorsprung zu erzielen beabsichtigte oder die Erfüllung aus Böswilligkeit oder Willkür unter Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit unterließ oder wenn er geradezu die Verwirkung zur Umgehung des Tarifes mißbrauchen will (vgl. LArbG. Duisburg: ArbRSamml. 28, 45). Ein Verstoß gegen seine arbeitgeberische Fürsorge- und Treuepflicht wird aber nicht auch angenommen werden können, wenn der Unternehmer aus wirtschaftlichen Gründen im Existenzkampf zur Einhaltung des Tarifes außerstande war; im letzteren Falle freilich hätte er sich nach § 2 der 14. DurchfVO. zum ArbOG. an den Treuhänder der Arbeit wenden sollen, um die Herausnahme seines Betriebes oder des betr. Gefolgschaftsangehörigen aus dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifes zu erwirken.

### 6. Abgestufte Anwendung der Verwirkung

Innerhalb des Rahmens ihrer Anwendbarkeit läßt sich die Verwirkung nicht stets gleichmäßig anwenden. Sie ist je nach der Lage des einzelnen Anwendungsfalles strenger oder milder zu handhaben. Hierzu ist m. E. hauptsächlich folgendes zu berücksichtigen:

Es ist zunächst Wert darauf zu legen, um was für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis es sich handelt, und zwar ob es sich um Hauptansprüche oder um Nebenansprüche des Beschäftigten handelt. Hauptansprüche sind die Lohnansprüche, die übrigen arbeitsvertraglichen Ansprüche des Beschäftigten, wie Überstundenlohn-, Urlaubs-, Spesen-, Rechnungslegungs-, Gratifikations-, zusätzliche Provisionsansprüche, Kündigungsrechte u. a. m., sind Nebenansprüche. Man kann die Nebenansprüche bezüglich der Verwirkung einer von vornherein strengeren Behandlung unterwerfen, hingegen gebieten Hauptlohnansprüche, welche die Existenzgrundlage des Beschäftigten bilden, eine zum mindesten vorsichtigere Anwendung. Insbesondere Überstundenlohnansprüche fordern eine unnachsichtige Anwendung der Verwirkungsregeln. Diese Ansprüche bedürfen einer alsbaldigen Geltendmachung, damit der Unternehmer die Überstundenangaben des Beschäftigten noch auf ihre Richtigkeit nachprüfen kann; es ist ja auch üblich, Überarbeit spätestens am jeweils kommenden Lohnzahlungstag anzumelden. Sie sind daher innerhalb einer verhältnismäßig kurzen Frist der Nichtgeltendmachung nach Eintritt der Fälligkeit verwirkt.

Bei Hauptansprüchen des Beschäftigten dürfte grundsätzlich eine längere Verwirkungsfrist angebracht sein. Bei Nachforderungen des Beschäftigten bezüglich des Hauptlohnes ist ferner auf die Gründe der Nichtzahlung bzw. das Verhalten von Beschäftigtem und Unternehmer zueinander einzugehen. Und zwar ist zu unterscheiden, ob der Beschäftigte sich mit der Unterschreitung des ihm zustehenden Lohnes ausdrücklich einverstanden erklärt hatte oder den minderbemessenen Lohn lediglich widerspruchslos entgegengenommen hat, und ersterenfalls weiter, ob der Beschäftigte sich etwa sogar zu dem erhaltenen untertariflichen Lohn von sich aus angeboten hat. Wenn der Unternehmer einseitig den dem Beschäftigten zustehenden Lohn unterschritten hat, was auch dadurch geschehen sein kann, daß er den Beschäftigten in eine offensichtlich zu niedrige Lohnklasse des Tarifes eingruppiert hat, ist eine milde

Handhabung der Verwirkung angebracht; man wird vor allem einem Kündigungsdruck, dem der Beschäftigte ausgesetzt war und der ihn von der Geltendmachung abhielt, Rechnung tragen und die Verwirkungsfrist demgemäß überhaupt erst nach Beendigung bzw. Kündigung des Arbeitsverhältnisses beginnen lassen; denn die Nichtgeltendmachung kann nur dann zur Verwirkung führen, sofern die Geltendmachung zumutbar war, was aber hier billigerweise während des ungekündigten Arbeitsverhältnisses nicht anzunehmen sein dürfte. Wenn aber der Unternehmer den Beschäftigten nach dessen Einverständnis zu einer Minderentlohnung befragt und dieser sein ausdrückliches Einverständnis dazu erklärt hat, womöglich wie oft sogar durch eine schriftliche untertarifliche Lohnvereinbarung, so setzt sich der Beschäftigte durch die nachträgliche Nachforderung zu seinem früheren Verhalten in einen besonders starken Widerspruch; sein Einverständnis nimmt auch der Unterentlohnung die Bedeutung eines Verstoßes des Unternehmers gegen seine Fürsorge- und Treuepflicht, zumindest einem solchen Verstoß jede Schärfe. Dies verlangt eine weniger nachsichtige Anwendung der Verwirkung und insbesondere keine Rücksichtnahme auf den Kündigungsdruck, wobei allerdings wieder zugunsten des Beschäftigten zu beachten wäre, wenn der Unternehmer ihm das ausdrückliche Einverständnis durch Drohung mit Nichteinstellung oder Kündigung mehr oder weniger erpreßt hätte. Hat schließlich der Beschäftigte, was auch vorkommt, besonders wenn er sich in seinen Leistungen nicht gut einzuschätzen vermag, sich von sich aus dem Unternehmer zu einem untertariflichen Lohn angeboten, so können nur strenge Verwirkungsregeln am Platze sein; man würde es vertreten können, die Verwirkung des jeweils bei den Lohnzahlungen zu wenig erhaltenen Lohnes sofort eintreten zu lassen, wenn der Restanspruch nicht sogleich bei der betreffenden Lohnzahlung erhoben wurde (wenn gerade gegenüber diesen ausgesprochen krassen Fällen der Tariflohnerschleichung das RArbG. ganz neuerdings eine verwirkungsfeindliche Stellung geglaubt hat einnehmen zu sollen, so ist dies unverständlich; ich werde zu diesen Entscheidungen ArbRSamml. 28, 84 ff. und 287 gesondert Stellung nehmen). Jedenfalls müssen die vorgenannten typischen Fälle verschiedenen Verhaltens des Beschäftigten gegenüber der Tarifunterschreitung des Unternehmers bezüglich der Verwirkung unter eine unterschiedliche Behandlung gestellt werden; denn in ihnen ist das gegensätzliche Verhalten des Beschäftigten und damit sein Verstoß gegen Treu und Glauben verschieden stark, dementsprechend ist die Verwirkung verschieden streng zu bemessen und dabei auch der Kündigungsdruck verschieden nachsichtig zu beachten. Eine ziemlich schnelle Verwirkung erscheint auch angemessen, wenn die untertarifliche Entlohnung darauf beruht, daß der Beschäftigte in zweifelhaften Fällen und in gutem Glauben in eine tarifliche Lohnklasse eingruppiert wurde, die objektiv für seine Tätigkeit zu niedrig war; hier kann ihm zugemutet werden, seine Bedenken oder Gegenansicht alsbald zu äußern und so eine unverzögerte Klärung seiner Eingruppierung herbeizuführen.

Eine nach den vorgeschilderten Richtlinien abgestufte Anwendung der Verwirkung ist also zu erzielen durch eine verschiedene Bemessung der Verwirkungsfrist nach ihrem Beginn und ihrer Dauer[3]). Dies ist allerdings ausgeschlossen, wenn eine tarifliche Verwirkungsklausel vorhanden ist und gilt und in dieser wie durchweg eine einheitliche Verwirkungsfrist vorgeschrieben ist.

7. Die verwirkungshindernde Geltendmachung

Für die zur Hintanhaltung der Verwirkung erforderliche Geltendmachung besteht kein Formerfordernis. Sie kann daher mündlich oder schriftlich erfolgen, auch in der Klagerhebung bzw. Klagezustellung liegt natürlich eine Geltendmachung des den Gegenstand der Klage bildenden Anspruches, und zwar in der energischsten Form. Immer aber muß aus der Erklärung zu erkennen sein, daß der Gläubiger auf der Erfüllung seines Anspruches besteht. Allerdings ist beim Beschäftigten seiner besonderen Lage im Arbeitsverhältnis, insbesondere seiner Kündigungsfurcht, Rechnung zu tragen; bei ihm wird daher auch eine vorsichtig gehaltene Bitte schon als Geltendmachung gelten können. Vgl. RArbG.: ArbRSamml. 27, 284 ff.

Die Geltendmachung muß sodann gewisse Erfordernisse an ihre Deutlichkeit hinsichtlich des geltend zu machenden Anspruches erfüllen. Sie muß vor allem erkennen lassen, daß der betreffende Anspruch gemeint war, dessen Erfüllung nunmehr nachgefordert wird. Dies ist einmal zu beachten, wenn die Geltendmachung nicht durch den Berechtigten selbst, sondern durch dritte Stellen, wie den Vertrauensrat, die Deutsche Arbeitsfront u. a., und dann oft nur summarisch für die ganze Gefolgschaft des Betriebes erfolgt; es ist dann zu prüfen, ob der fragliche konkrete Anspruch des betreffenden Nachfordernden in der Geltendmachung einbezogen und diese deutlich genug auch auf ihn bezogen war. Ob der fragliche Anspruch durch die Geltendmachung, auf die sich der Nachfordernde beruft, gemeint war, ist ferner zu beachten, wenn der Beschäftigte laufend zu wenig Lohn erhielt. Alsdann müssen alle an den einzelnen Lohnzahlungsterminen zu wenig erhaltenen Lohnteile, deren Nachzahlung gefordert wird, geltend gemacht worden sein. Deshalb muß nicht für jeden einzelnen an den aufeinanderfolgenden Lohnzahlungsterminen zu wenig erhaltenen Lohnteil eine besondere Geltendmachung erfolgt sein, aber die einmal erfolgte Geltendmachung, auf die sich der Beschäftigte beruft, muß sich auf alle und gerade diejenigen Beträge bezogen oder mitbezogen haben, die später nachverlangt werden. Häufig wird nämlich bei Unterentlohnung die Geltendmachung des höheren Lohnes während des Arbeitsverhältnisses lediglich in der Bedeutung vorgetragen, daß der höhere Lohn für die Folgezeit verlangt werde; dann sind durch diese Geltendmachung nur diejenigen Lohnbeträge erfaßt worden, die von dem Zeitpunkt dieser Geltendmachung ab rückständig geblieben sind, nicht aber auch die schon vorher rückständig gewesenen[4]). Eine solche Geltendmachung ist genau genommen eine vorausgeschehene für erst künftig fällig gewordene Ansprüche; man wird sie aber so wirken lassen können, als ob durch sie die nach ihr fällig gewordenen Beträge innerhalb der ja frühestens von der Fälligkeit ab beginnenden Verwirkungsfrist geltend gemacht worden wären. — Der Anspruch muß weiterhin in der nachgeforderten Höhe geltend gemacht worden sein. In dem Widerspruch zu einer Tariflohnunterschreitung oder zur Kürzung eines vereinbarten Lohnes liegt aber ohne weiteres und im Zweifel eine Geltendmachung der fraglichen und ganzen Differenz zum tariflichen bzw. vereinbarten Lohn. Wird jedoch nur ein Teilbetrag des Anspruches geltend gemacht, so wird hierdurch auch nur bezüglich dieses Teilbetrages die Verwirkung aufgehalten.

Was den Erklärungsgegner bei der Geltendmachung an-

[3]) Man darf auch von Hemmung und Unterbrechung der Verwirkungsfrist sprechen, denn wenn die Nichtgeltendmachung unter Umständen, z. B. wegen und während bestehenden Kündigungsdruckes, keine verwirkungsbegründende Wirkung hat, so ist dies begrifflich eine Hemmung der Verwirkungsfrist, und wenn man richtigerweise die Verwirkung unter Umständen trotz erfolgter Geltendmachung, nämlich nach weiterer längerer Nichtgeltendmachung, doch eintreten läßt, so bewirkte jene Geltendmachung nur eine Unterbrechung, keine endgültige Wahrung der Verwirkungsfrist. Die Verwirkungsfrist ist ein Begriffselement der Verwirkung; wenn man zur klaren Unterscheidung von der Verjährung den Zeitablauf als solchen und selbst vielleicht auch nicht als eine unmittelbare Voraussetzung der Verwirkung ansprechen darf, so ist aber doch grundsätzlich zum Eintritt der Voraussetzungen der Verwirkung ein Zeitablauf notwendig. Die Verwirkungsfrist ist ferner zwar nicht wie z. B. die Verjährungsfrist in ihrer Dauer von vornherein bestimmt und bestimmbar, sondern ihre Dauer ergibt sich erst, wenn der Zeitpunkt eintritt, bis zu dem sich im einzelnen Fall die Voraussetzungen der Verwirkung herausgebildet haben. Die Verwirkungsfrist ist jedoch nichtsdestoweniger ebenfalls ein Zeitablauf, durch den oder in dem sich für den Berechtigten nachteilige Umstände bzw. die Voraussetzungen für einen Rechtsverlust entwickeln. Damit unterliegt auch diese Frist den allgemeinen Modalitäten solcher Fristen. Die Einführung der Fristhemmung und Fristunterbrechung in die Verwirkungslehre soll allerdings nicht lediglich aus diesen theoretischen Erwägungen erfolgen, sondern vor allem dem praktischen Bedürfnis dienen, eine sichere und einheitliche Verwirkungsrechtsprechung zu fördern.

[4]) Umgekehrt wird man in einer auf die Vergangenheit bezogenen Geltendmachung zugleich eine Geltendmachung der gleichartigen zukünftigen Ansprüche erblicken können.

langt, so muß die Geltendmachung gerichtet werden an den Unternehmer oder dessen Stellvertreter, der zur Entscheidung über Lohnansprüche selbständig befugt und zuständig ist (Betriebsführer, Personalchef). Sie kann auch gegenüber einem Angestellten erfolgen, der vom Unternehmer oder dessen Vertreter für die Entgegennahme von Beanstandungen ermächtigt und zur Weiterleitung solcher an ihn oder seinen Stellvertreter beauftragt ist, wie meist beim Lohnbuchhalter der Fall. Richtet der Beschäftigte die Geltendmachung zunächst an seinen unmittelbaren Vorgesetzten oder an einen sonstigen Unzuständigen, so trägt er die Gefahr für ihre Weiterleitung an die zuständige Stelle. Unterbleibt diese, so kann er sich nicht auf die Geltendmachung berufen, sondern sich gegebenenfalls nur an demjenigen, der die Weiterleitung unterlassen hat, schadlos halten.

Die Geltendmachung muß selbstverständlich innerhalb der Verwirkungsfrist erfolgt sein, solange also die Voraussetzungen zur Verwirkung noch nicht eingetreten waren. Durch eine hiernach rechtzeitige Geltendmachung wird aber andererseits die Verwirkung nicht für immer aufgehalten. Vielmehr kann sie doch noch eintreten, wenn der Gläubiger nach einer Geltendmachung eine unangemessen lange Zeit nichts mehr von sich hören ließ.

Die verwirkungshindernde Geltendmachung ist vom Beschäftigten zu beweisen, also von demjenigen, der die Nachforderung erhebt und auf den Einwand der Verwirkung hin die Voraussetzungen zur Verwirkung bestreitet.

8. Verwirkung von Unternehmeransprüchen

Es versteht sich von selbst, daß ebenso wie die Beschäftigtenansprüche auch Ansprüche des Unternehmers an den Beschäftigten, z. B. Ansprüche auf Rückzahlung von Lohn- oder Provisionsvorschüssen oder Schadensersatzansprüche, der Verwirkung unterliegen.

---

# Die Kündigung in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte

Von Dr. Dänzer-Vanotti, Vorsitzender beim Arbeitsgericht Karlsruhe i. B.

## I. Grundsätzliches

### a) Die Kündigungserklärung

Vorläufige Dienstenthebung ist von Kündigung zu unterscheiden.

(RArbG. 144/36 v. 25. Nov. 1936: RArbG. 17, 346 = JW. 1937, 1169[35].)

Die Versetzung eines Beschäftigten an eine andere Dienststelle ist nicht ohne weiteres kraft des Anordnungsrechtes des Unternehmers zulässig, sondern bedarf der Zustimmung des Beschäftigten oder der Kündigung des alten Arbeitsvertrages.

(RArbG. 592/31 v. 16. April 1932: RArbG. 11, 52.)

Gegen eine unzulässige Kündigung bedarf es grundsätzlich keines Widerspruchs, allein unter Umständen kann aus dem Stillschweigen des Gekündigten auf Einverständnis mit der Kündigung geschlossen werden.

(RArbG. 25/34 v. 9. Mai 1934: RArbG. 14, 70.)

Für die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Kündigung ist nur die Lage in dem Zeitpunkt maßgebend, in dem die Kündigungserklärung abgegeben wird.

(RArbG. 106/29 v. 18. Sept. 1929: ArbRSamml. 7, 77 = JW. 1930, 3145.)

Es ist rechtlich zwar nicht möglich, daß die Wirksamkeit einer Kündigungserklärung durch die Vertragsbeteiligten von einer Bedingung abhängig gemacht wird, aber durch das Gesetz unmittelbar kann die Kündigung an eine Bedingung geknüpft werden, die dann erst bis zur tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllt zu sein braucht.

(RArbG. 400/31 v. 28. Mai 1932: RArbG. 11, 153 = JW. 1932, 3519.)

Kündigung zum Zwecke der Vertragsänderung ist zulässig und notwendig. Eine Kündigung unter der Bedingung, wenn der Gekündigte mit der vorgeschlagenen Arbeitsvertragsänderung nicht einverstanden sei, ist trotz der grundsätzlichen Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung zulässig.

(RArbG. 439/29 v. 4. Jan. 1930: ArbRSamml. 8, 67; Anm. Hueck a. a. O. S. 72.)

Der Gebrauch des Wortes „vorsorglich“ im Kündigungsschreiben braucht nicht als eine (unzulässige) Bedingung der Kündigung aufgefaßt zu werden; es kann das unverbindliche Inaussichtstellen einer Weiterbeschäftigung bedeuten.

(RArbG. 286/30 v. 28. Nov. 1930: RArbG. 7, 93 = JW. 1932, 1278.)

Es muß klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Arbeitsvertrag gekündigt werden soll. Der Gebrauch des Wortes „Kündigung“ ist jedoch nicht erforderlich.

(RArbG. 234/28 v. 19. Dez. 1928: RArbG. 3, 63 und so mehrfach, zuletzt RArbG. 309/35 v. 29. April 1936: RArbG. 16, 246 = JW. 1936, 2764[74].)

Im Fordern und Entgegennehmen der „Papiere“ kommt in verkehrsüblicher Weise zum Ausdruck, daß das Arbeitsverhältnis beendigt werden soll.

(RArbG. 262/28 v. 16. Jan. 1929: ArbRSamml. 5, 160 = JW. 1929, 1308.)

Eine Massenkündigung kann auch durch Anschlag erfolgen.

(RArbG. 494/28 v. 27. März 1929: RArbG. 3, 343 = JW. 1930, 3160.)

Ist Schriftform der Kündigung vereinbart, so kann dies auch bedeuten, daß die Schriftform nur Beweiszwecken dienen soll. Wenn jedoch keine Umstände gegeben sind, die gegen die § 125 Satz 2 BGB. zu entnehmende gesetzliche Vermutung sprechen, so ist bei vereinbarter Schriftform die nur mündliche Kündigung nichtig.

(RArbG. 568/30 v. 22. April 1931: RArbG. 8, 207.)

Die Vereinbarung, daß die Kündigung durch Einschreibebrief erfolgen solle, ist in der Regel nicht als eine Formvereinbarung i. S. der §§ 125, 127 BGB. aufzufassen. Eine in anderer Form erfolgte Kündigung ist wirksam, wenn feststeht, daß der Empfänger sichere Kenntnis von der Kündigungserklärung erlangt hat.

(RArbG. 481/29 v. 29. März 1930: ArbRSamml. 9, 45.)

Erreicht der Unternehmer durch Drohung mit Kündigung, daß der Beschäftigte vertragliche Ansprüche zu einem Zeitpunkt aufgibt, zu dem sie ihm durch Kündigung nicht genommen werden können, so ist die Erklärung des Beschäftigten nach § 123 BGB. anfechtbar.

(RArbG. 456/32 v. 4. Febr. 1933: ArbRSamml. 18, 86.)

### b) Empfang der Kündigung

Eine durch gewöhnlichen Brief erklärte Kündigung ist wirksam zugegangen, wenn der Brief in einen an der Wohnung des Empfängers angebrachten Briefkasten geworfen oder sonst in verkehrsüblicher Weise abgegeben wird. Ein eingeschriebener Brief ist dagegen noch nicht zugegangen, wenn der Postbote lediglich einen Benachrichtigungszettel hinterläßt und das Einschreiben selbst auf dem Postamt niederlegt.

(RArbG. 530/31 v. 22. April 1932: ArbRSamml. 15, 354 = JW. 1932, 2565.)

Eine schriftliche Kündigung wird mit der Ablieferung in der ständigen Wohnung des Gekündigten wirksam, auch wenn dem Kündigenden bekannt ist, daß der Gekündigte verreist ist, wenn der Kündigende nur mit der Rückkehr des anderen am selben Tage rechnen darf.

(RArbG. 258/35 v. 18. Jan. 1936: RArbG. 16, 125 = JW. 1936, 1244.)

c) Nichtige Kündigung

Eine Kündigung kann wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein.

(RArbG. 218/35 v. 7. März 1935: RArbG. 16, 179 = JW. 1936, 2012.)

**Sittenwidrigkeit der Kündigung wurde neuerdings bejaht in folgenden Fällen:**

Wenn die Angabe des Kündigungsgrundes vom Unternehmer verweigert wird.

(RArbG. 303/32 v. 2. Nov. 1932: RArbG. 12, 44 = JW. 1933, 1042; vgl. Anm. Hueck dazu ArbRSamml. 16, 302.)

Kündigung, weil eine Arbeiterin sich weigerte, im Betriebe sich von einem Arzt in einer ihr Schamgefühl verletzenden Weise untersuchen zu lassen.

(RArbG. 218/35 v. 7. März 1936: RArbG. 16, 179 = JW. 1936, 2012.)

Kündigung eines Beschäftigten, nur um dem zu erwartenden Antrag dieses Beschäftigten auf Zurruhesetzung zu entgehen.

(RArbG. 147/35 v. 16. Nov. 1935: RArbG. 15, 361.)

Kündigung eines in den Vertrauensrat berufenen Beschäftigten kurz vor Ablegung des feierlichen Gelöbnisses, wenn Verdacht besteht, daß dies geschieht, um die Amtsübernahme des Beschäftigten zu verhindern.

(RArbG. 248/34 v. 20. Febr. 1935: RArbG. 14, 341 = JW. 1935, 1804.)

Kündigung, weil der Beschäftigte sich eine unberechtigte Gehaltskürzung nicht gefallen läßt.

(LArbG. Dortmund v. 21. Aug. 1936: ArbRSamml. 28, 101.)

Die Kündigung nur eines Teiles der arbeitsvertraglichen Bestimmungen ist unzulässig.

(RArbG. 88/33 v. 12. Juli 1933: ArbRSamml. 18, 270.)

Die Kündigung einer Akkordvereinbarung ohne Kündigung des Arbeitsvertrages als solchen kann vorgesehen werden.

(RArbG. 94/31 v. 17. Okt. 1931: ArbRSamml. 13, 302 nebst Anm. Hueck = JW. 1932, 2748.)

Die Kündigung durch einen vollmachtslosen Vertreter, die unverzüglich zurückgewiesen wird, ist rechtsunwirksam.

(RArbG. 51/36 v. 27. Juli 1936: ArbRSamml. 28, 29; RArbG. 98/34 v. 24. Okt. 1934: RArbG. 14, 227 = JW. 1935, 443[1].)

Ist beabsichtigt, durch Vereinbarung einer Kette von kurzfristigen Arbeitsverträgen die gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsbestimmungen zu umgehen, so ist diese Vereinbarung nichtig.

(RArbG. 286/30 v. 28. Nov. 1930: RArbG. 7, 93 = JW. 1932, 1278; RArbG. 130/36 v. 2. Dez. 1936: ArbRSamml. 28, 343 = JW. 1937, 1173[41].)

## II. Die ordentliche Kündigung

### a) Allgemeines

Auch Arbeitsverhältnisse zur Aushilfe können, wenn sie auf unbestimmte Zeit eingegangen sind, nur durch ordnungsmäßige Kündigung zur Auflösung gebracht werden.

(RArbG. 80/31 v. 10. Sept. 1931: ArbRSamml. 13, 48.)

Die Einstellung zur Probe ist ein festes Dienstverhältnis und darf nicht auf tägliche Kündigungsfrist gestellt sein.

(RArbG. 91/30 v. 2. Juli 1930: ArbRSamml. 9, 541 = JW. 1930, 3011; ebenso RArbG. 85/32 v. 11. Juni 1932: RArbG. 11, 198.)

Wird über eine vereinbarte Probezeit hinaus das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, so ist für den Regelfall anzunehmen, daß der Vertrag auf unbestimmte Zeit fortgesetzt wird.

(RArbG. 636/28 v. 1. Juni 1929: ArbRSamml. 6, 208 = JW. 1930, 437.)

Die Zusage einer Lebensstellung bedeutet an sich nicht den Ausschluß der Kündbarkeit des Arbeitsvertrages. Eine andere Beurteilung kommt in Frage, wenn der Unternehmer mißbräuchlich von seinem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch macht.

(RArbG. 330/28 v. 19. Dez. 1928: ArbRSamml. 5, 29 = JW. 1929, 1898; RArbG. 188/36 v. 16. Dez. 1936: ArbRSamml. 28, 332.)

Es gibt keinen allgemein anerkannten Begriff des Dauerangestellten. Es kommt auf die Einzelvereinbarungen an. Es kann darunter verstanden werden, daß dem Angestellten nur aus wichtigem Grund gekündigt werden darf.

(LArbG. Kiel v. 21. Febr. 1934: ArbRSamml. 21, 147.)

Ein unständiges Arbeitsverhältnis erledigt sich mit der bloßen Nichtwiederbeschäftigung, während ein ständiges Arbeitsverhältnis zur Beendigung der Kündigung bedarf.

(RArbG. 175/33 v. 28. Aug. 1933: JW. 1933, 2930.)

Die gesetzliche Fiktion einer Verlängerung des abgelaufenen Dienstverhältnisses (§ 625 BGB.) kann nicht Platz greifen, wenn die Umstände des Einzelfalles eine Einigkeit beider Parteien des Dienstverhältnisses darüber ergeben, daß die Dienste nach Ablauf der vereinbarten Dienstzeit nur vorläufig bis zu einer über eine etwaige Verlängerung noch zu treffende Vereinbarung weitergeleistet werden sollen.

(RArbG. 328/32 v. 2. Nov. 1932: RArbG. 12, 36.)

Eine Umdeutung einer strafweisen Dienstentlassung in eine gewöhnliche Kündigung ist wegen der grundlegenden Verschiedenartigkeit beider Vertragslösungen nicht zulässig.

(RArbG. 44/36 v. 13. Juni 1936: RArbG. 16, 332 = JW. 1936, 2946.)

Die Rechtsprechung erkennt an, daß die fristlose Kündigung für die Regel als Kündigung zum nächstzulässigen Termin wirkt. Voraussetzung ist aber, daß der Wille des Kündigenden auf die Kündigung unter allen Umständen gerichtet war und daß dieser Wille auch dem Kündigungsempfänger erkennbar war. Wenn die Umstände darauf hinweisen, daß der Wille zur Kündigung nur einer genau begrenzten Vorstellung entspringe und daß mit dem Wegfall dieser Vorstellung der Kündigungswille keinen Bestand mehr habe, dann verstößt es gegen Treu und Glauben im Verkehr, nachträglich der Kündigungserklärung eine Auslegung zu geben, die dem wirklichen Willen zur Zeit des Kündigungsausspruches nicht entspricht.

(RArbG. 156/34 v. 24. Okt. 1934: RArbG. 14, 223 = JW. 1935, 152; ebenso für nichtfristgemäße Kündigung RArbG. 323/33 v. 25. April 1934: RArbG. 14, 34 = JW. 1934, 2359.)

Die ordentliche Kündigung kann nach feststehender Rechtsprechung in aller Regel nur unter besonderen Umständen in eine außerordentliche umgedeutet werden.

(RArbG. 153/36 v. 16. Dez. 1936: ArbRSamml. 28, 295.)

Der Grundsatz, daß eine zu einem bestimmten Termin ausgesprochene Kündigung dann, wenn sie für diesen Zeitpunkt keine Wirkung hat, als zu dem nächstzulässigen Termin ausgesprochen gilt, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Anerkannt ist in der Rechtsprechung allerdings der Satz, daß eine verspätete Kündigung dann für den nächstzulässigen Termin wirksam werden kann, wenn ein dahin gerichteter Wille des Kündigenden erkennbar geworden ist.

(RArbG. 292/33 v. 24. Jan. 1934: ArbRSamml. 20, 65; vgl. Anm. Hueck zu obigem Urteil a. a. O. S. 67 mit weiteren Ausführungen.)

**b) Kündigungsfrist**

Vor Beginn eines Arbeitsvertrages kann nicht für einen Termin gekündigt werden, der vor diesem Beginne liegt.

(RArbG. 114/33 v. 5. Juli 1933: RArbG. 13, 80 = JW. 1933, 1967.)

Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund kann schon vor dem Zeitpunkt des Dienstantritts erfolgen.

(RArbG. 215/33 v. 25. Okt. 1933: ArbRSamml. 19, 159 = JW. 1934, 55.)

Entbehrt die mit einem Angestellten vereinbarte Kündigungsfrist (z. B. gemäß § 67 Abs. 4 HGB.) der rechtlichen Wirksamkeit, so tritt an die Stelle der vereinbarten Frist diejenige, die wirksam hätte vereinbart werden können (d. h. im Falle des § 67 HGB. die monatliche).

(RArbG. 211/29 v. 19. Okt. 1929: ArbRSamml. 7, 326.)

Wenn die Vereinbarung über die Kündigungsfrist gemäß § 67 HGB. nichtig ist, so ist nicht der ganze Vertrag nichtig, sondern nur die Bestimmung über die Kündigung.

(RArbG. 217/28 v. 5. Dez. 1928: RArbG. 3, 15 = JW. 1929, 2437.)

Fällt der letzte Tag, an dem unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Frist die Kündigung erklärt werden muß, auf einen Sonn- oder gesetzlichen Feiertag, so kann gemäß § 193 BGB. noch am nächsten Tage gekündigt werden.

(RArbG. 258/35 v. 18. Jan. 1936: RArbG. 16, 125 = JW. 1936, 1244, ständige Rechtsprechung.)

Kommt für die Bemessung der Kündigungsfrist gemäß § 621 BGB. sowohl Bar- wie Naturallohn in Frage, so entspricht es dem Zwecke des Gesetzes, den wesentlicheren Teil der Vergütung entscheiden zu lassen (keineswegs stets den Barlohn).

(RArbG. 199/30 v. 10. Sept. 1930: RArbG. 6, 154 = JW. 1931, 1048.)

Tägliche Kündigung bedeutet Kündigung von einem Tage zum Ende des anderen.

(LArbG. Bielefeld v. 1. Juli 1936: ArbRSamml. 28, 51; vgl. Anm. Hueck a. a. O. S. 52.)

**c) Allgemeiner Kündigungsschutz**

1. Kündigungswiderrufsklage (§§ 56 ff. ArbOG.)

vgl. dazu Dänzer-Vanotti, „Zum Begriff der unbilligen Härte im Kündigungswiderrufsverfahren“: DArbR. 1936, 33, 73.

§ 58 ArbOG. in der neuen Fassung (Gesetz vom 30. Nov. 1934) will diejenigen schweren Fälle treffen, in denen eine Kündigung aus unsozialen Gründen erfolgt, der Tatbestand des § 138 BGB. aber noch nicht erfüllt ist.

(RArbG. 218/35 v. 7. März 1936: RArbG. 16, 179 = JW. 1936, 2012.)

Begriff der unbilligen Härte.

(LArbG. Kassel v. 31. Juli 1934: ArbRSamml. 23, 42.)

Eine Kündigung kann als ordentliche der Billigkeit entsprechen, wenn sie auch als fristlose nicht gerechtfertigt ist.

(LArbG. Leipzig v. 15. Okt. 1934: ArbRSamml. 23, 110.)

Maßgebend für die Beurteilung, ob unbillige Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung.

(LArbG. Gleiwitz v. 2. April 1935: DJ. 1935, 855; LArbG. Darmstadt v. 26. April 1935: ArbRSamml. 23, 153.)

**Gründe, die eine Kündigung sozial rechtfertigen können**

Verletzung der Treue durch eine Beschäftigte in Vertrauensstellung, wenn sie auf Grund privater harmloser Äußerungen Anzeige gegen den Unternehmer erstattet.

(LArbG. Breslau v. 10. Aug. 1934: ArbRSamml. 22, 20; ähnl. LArbG. Breslau v. 15. Nov. 1934: ArbRSamml. 23, 34.)

Das eigene (ungebührliche) Verhalten des Beschäftigten kann die Kündigung rechtfertigen.

(LArbG. Magdeburg v. 25. Okt. 1934: ArbRSamml. 22, 57.)

Geringe Disziplinwidrigkeit rechtfertigt die Kündigung nicht.

(LArbG. Frankfurt a. M. v. 20. Sept. 1934: ArbRSamml. 23, 206.)

Der Betriebsobmann soll versuchen, seinen Vorstellungen im Betriebe Gehör zu verschaffen; erst wenn dies nicht möglich ist, und es sich um ein besonderes Vorkommnis handelt, hat er das Recht, sich mit der Dienststelle der DAF. in Verbindung zu setzen.

(ArbG. Berlin 11/12 AC 1455/34: Informationsdienst der DAF. Nr. 129 v. 5. Juni 1935.)

Verlust der Parteizugehörigkeit kann Kündigung rechtfertigen, wenn diese seinerzeit für die Einstellung von Bedeutung gewesen ist.

(ArbG. Berlin v. 17. Okt. 1935: Stuttg. Kartei „Entlassungsschutz III J 19“.)

Arbeitsplatztausch.

(LArbG. Darmstadt v. 9. Nov. 1934: ArbRSamml. 22, 62; LArbG. Krefeld-Uerdingen a. Rh. v. 27. März 1935: ArbRSamml. 24, 89.)

**Insbesondere Betriebsbedingtheit**

Für die Einrichtung des Betriebes ist das Ermessen des Unternehmers maßgebend, wenn er sich von sachlichen Erwägungen leiten läßt. Beschränktes Prüfungsrecht des Arbeitsgerichts.

(LArbG. Stuttgart v. 14. März 1933: ArbRSamml. 19, 96.)

Übergang eines Betriebes auf einen anderen Unternehmer. Es geht regelmäßig nicht an, den Inhaber eines Betriebes zur Fortsetzung von Dienstverträgen zu zwingen, wenn er den Betrieb aufgibt.

(RArbG. 194/30 v. 1. Okt. 1930: RArbG. 7, 4 = JW. 1932, 1311.)

Die Auswahl der zu Kündigenden bei Einschränkung des Betriebes muß nach streng sachlichen Grundsätzen erfolgen und ist nachprüfbar.

(ArbG. Kaiserslautern v. 9. April 1935: ArbRSamml. 23, 235.)

2. Betriebsstillegung

Es ist ständige Rechtsprechung des RArbG., daß für die Frage, ob eine Betriebsstillegung vorliegt, der erklärte Wille des Unternehmers entscheidend ist. Der Wechsel des Unternehmers bedeutet somit nicht ohne weiteres Betriebsstillegung.

(RArbG. 44/35 v. 1. Juni 1935: RArbG. 15, 200 = JW. 1935, 3177.)

**d) Kündigungsschutz besonderer Gruppen von Beschäftigten**

1. Das Kündigungsschutzgesetz für ältere Angestellte

Das KündSchG. enthält zwingendes Recht.

(RArbG. 1/27 v. 26. Okt. 1927: RArbG. 1, 7 = JW. 1928, 248.)

Das KündSchG. gilt auch für Vorstandsmitglieder einer AktG. und im Konkursverfahren.

(RArbG. 66/29 v. 25. Sept. 1929: RArbG. 4, 187 = JW. 1930, 85.)

Wer beim Eintritt in die Beschäftigung das Alter von 60 Jahren überschritten hat, genießt keinen Kündigungsschutz.

(RArbG. 225/29 v. 26. Okt. 1929: RArbG. 4, 234 = JW. 1930, 3017.)

Rechtsnachfolge i. S. des § 2 KündSchG. liegt dann vor, wenn ein Unternehmer den Betrieb eines anderen, in welcher Rechtsform es auch sei, ohne wesentliche Änderung des Geschäftszweckes fortführt.

(RArbG. 564/28 v. 13. März 1929: ArbRSamml. 5, 347 = JW. 1929, 1810; RArbG. 68/34 v. 29. Sept. 1934: RArbG. 14, 203 = JW. 1935, 232[1].)

Die Beschäftigungsdauer nach § 2 KündSchG. muß im Zeitpunkt der Kündigung zurückgelegt sein. Gegen vorzeitige Kündigung unter Umständen § 226 oder § 826 BGB.

(RArbG. 92/28 v. 2. Mai 1928: RArbG. 1, 342 = JW. 1928, 1679.)

Mehrere Beschäftigungszeiten eines Angestellten bei demselben Unternehmer werden zusammengerechnet, wenn ein enger innerer Zusammenhang zwischen den einzelnen Beschäftigungsabschnitten besteht und die soziale Gerechtigkeit es gebietet.

(RArbG. 3/27 v. 17. Nov. 1927: RArbG. 1, 20 = JW. 1928, 292.)

Einem aus dem Arbeiterstande hervorgegangenen Angestellten ist die Arbeiterdienstzeit anzurechnen.

(RArbG. 10/27 v. 7. Dez. 1927: ArbRSamml. 1, 103.)

Ein Unternehmer darf auf Grund seiner Treueverpflichtung einen lange Jahre beschäftigten Angestellten nicht grundlos entlassen.

(LArbG. Breslau v. 18. Jan. 1934: ArbRSamml. 21, 7.)

Sogenannte 11-Monats-Verträge (Arbeitsvertrag auf 11 Monate, sodann Entlassung auf 1 Monat und Wiedereinstellung auf 11 Monate usf.) sind ungültig, wenn sie der Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen dienen.

(RArbG. 130/36 v. 2. Dez. 1936: RArbG. 17, 363 = JW. 1937, 1173[11].)

2. Kündigungsschutz für Schwerbeschädigte

Der Kündigungsschutz des Schwerbeschädigten hängt lediglich von den in § 3 SchwBeschG. genannten Voraussetzungen ab. Es kommt nicht darauf an, ob der Unternehmer die Schwerbeschädigteneigenschaft gekannt hat oder nicht, ob er den Beschäftigten freiwillig eingestellt hat oder zugewiesen erhielt.

(RArbG. 91/27 v. 18. Jan. 1928: RArbG. 1, 89 = JW. 1928, 1243; ähnl. RArbG. 521/28 v. 16. März 1929: RArbG. 3, 313 = JW. 1930, 3149.)

Die Schwerbeschädigteneigenschaft entsteht mit der Zustellung des Rentenbescheides an den Beschädigten.

(RArbG. 306/28 v. 20. Febr. 1929: RArbG. 3, 241 = JW. 1929, 2962.)

Wird ein Schwerbeschädigter über die gesetzliche Mindestzahl hinaus „zur vorübergehenden Aushilfe" bei täglicher Kündigung eingestellt, so ist die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle auch vor Ablauf einer Beschäftigungszeit von 3 Monaten erforderlich, wenn eine längere als dreimonatige Beschäftigungszeit vorgesehen war.

(RArbG. 283/33 v. 10. Jan. 1934: ArbRSamml. 20, 72 = JW. 1934, 1066.)

Die Bestimmung des § 13 Abs. 1 Satz 3 SchwBeschG. (mindestens 4 Wochen Kündigungsfrist) bedeutet nur, daß eine kürzere Kündigungsfrist nicht gilt, längere gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfristen werden dadurch nicht berührt.

(RArbG. 364/28 v. 9. Febr. 1929: RArbG. 3, 209 = JW. 1930, 442.)

Die Kündigungsfristen aller Art (auch des KündSchG.) beginnen gemäß § 13 SchwBeschG. erst mit Absendung des Antrages auf Zustimmung an die Hauptfürsorgestelle.

(RArbG. 21/34 v. 21. März 1934: RArbG. 13, 320 = JW. 1934, 1520.)

Die Hauptfürsorgestelle kann der Zustimmung zur Kündigung nur solche Bedingungen hinzufügen, die sich im Rahmen des SchwBeschG. halten und dem Wesen der Kündigung nicht widersprechen. Die Bedingung, den Schwerbeschädigten später wieder bevorzugt einzustellen, macht die Zustimmung unwirksam.

(RArbG. 14/33 v. 25. März 1933: RArbG. 13, 1 = JW. 1933, 1793.)

Das Wirksamwerden der Kündigung hängt von der Entscheidung der Fürsorgebehörde ab. Die Zustimmung kann mit Rückwirkung oder mit Wirkung für später erteilt werden.

(RArbG. 260/35 v. 15. Jan. 1936: RArbG. 16, 104 = JW. 1936, 1241.)

Wenn die Fürsorgestelle die Zustimmung zunächst unter Vorbehalt ablehnt, später aber erteilt, so wirkt die Zustimmung nicht zurück. Die Kündigungserklärung bleibt aber bestehen und hat Wirkung erst von der Bestätigung der Hauptfürsorgestelle an.

(RArbG. 2/36 v. 29. Febr. 1936: RArbG. 16, 166 = JW. 1936, 2428.)

§ 124a RGewO. ist auf den Schwerbeschädigten anwendbar.

(RArbG. 67/27 v. 15. Febr. 1928: ArbRSamml. 2, 128 = JW. 1928, 1677.)

Mangel der Tauglichkeit ist in der Regel kein Grund zur fristlosen Entlassung eines Schwerbeschädigten.

(RArbG. 272/29 v. 30. Nov. 1929: RArbG. 4, 291 = JW. 1930, 3145.)

Die fristlose Entlassung bei Geisteskrankheit, die auf eine Kriegsbeschädigung zurückzuführen ist, ist zulässig.

(RArbG. 506/28 v. 15. Mai 1929: RArbG. 4, 49 = JW. 1930, 443; vgl. RArbG. 656/28 v. 8. Juni 1929: RArbG. 4, 60.)

Die Beweislast dafür, daß eine Erkrankung des Schwerbeschädigten die Folge einer Kriegsverletzung ist, trifft den Schwerbeschädigten.

(RArbG. 416/30 v. 29. Nov. 1930: ArbRSamml. 12, 598.)

3. Kündigungsschutz des Vertrauensmannes

Für den Fortfall der Kündigungsschranken genügt es, wenn die Kündigung auf einen Zeitpunkt erfolgt, in dem der Betrieb stillgelegt werden soll, und wenn die Betriebsstillegung im Augenblick der Entlassung durchgeführt ist.

(RArbG. 229/32 v. 21. Sept. 1932: ArbRSamml. 17, 323; vgl. RArbG. 400/31 v. 28. Mai 1932: RArbG. 11, 153 = JW. 1932, 3519.)

Wenn in einem Saisonbetrieb gegen Ende der Saison die Zahl der Gefolgschaftsmitglieder unter 20 sinkt, endet das Amt der Vertrauensmänner nicht ohne weiteres; möglicherweise aber ist Kündigung wegen Betriebsstillegung zulässig.

(RArbG. 105/35 v. 31. Juli 1935: RArbG. 15, 233 = JW. 1935, 3664.)

4. Mutterschutz

Aus dem Zwecke des Kündigungsverbotes nach dem MutterschutzG. v. 16. Juli 1927 folgt, daß eine innerhalb der Schutzfrist des § 4 dieses Gesetzes ausgesprochene Kündigung keinerlei Wirkung hat.

(RArbG. 501/30 v. 29. April 1931: ArbRSamml. 13, 18 = JW. 1932, 1416.)

5. Schriftleiter

§ 30 SchriftleiterG. schreibt nur vor, daß das ArbG. vor der Entscheidung ein Gutachten des Berufsgerichts abwarten muß. Das Arbeitsgericht ist an das Gutachten nicht gebunden.

(RArbG. 151/35 v. 16. Okt. 1935: RArbG. 15, 320 = JW. 1936, 349.)

## III. Die außerordentliche Kündigung

### a) Die fristlose Kündigung im allgemeinen

Eine fristlose Entlassung kann als solche sittenwidrig sein oder gegen § 2 ArbOG. verstoßen.

(RArbG. 226/35 v. 18. März 1936: RArbG. 16, 202 = JW. 1936, 2015.)

§ 626 BGB. ist zwingend.

(RArbG. 406/32 v. 8. April 1933: ArbRSamml. 18, 445 = JW. 1933, 2025.)

Ein wichtiger Grund ist dann anzunehmen, wenn nach Lage des Falles dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(RArbG. 150/34 v. 28. Nov. 1934: RArbG. 14, 290 = JW. 1935, 1352.)

Nach feststehender Rechtsprechung kommt es bei der außerordentlichen Entlassung auf Verschulden des Dienstverpflichteten nicht an.

(RArbG. 201/34 v. 9. März 1935: RArbG. 15, 87.)

Es kann vereinbart werden, daß gewisse Ereignisse einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben sollen.

(RArbG. 34/27 v. 11. Jan. 1928: RArbG. 1, 104 = JW. 1928, 2930.)

Nicht nur in der Person des Gekündigten liegende Gründe, sondern auch Gründe rein sachlicher Art oder Gründe, die in der Person des Kündigenden liegen, können die fristlose Kündigung rechtfertigen.

(RArbG. 247/32 v. 9. Nov. 1932: ArbRSamml. 17, 332 = JW. 1933, 931.)

Umstände in der Person des Unternehmers können nur aus ganz schwerwiegenden Erwägungen zur Rechtfertigung der fristlosen Entlassung eines Beschäftigten herangezogen werden.

(RArbG. 261/32 v. 15. Okt. 1932: ArbRSamml. 16, 429 = JW. 1933, 257.)

Bei der Beurteilung, ob eine fristlose Entlassung gerechtfertigt ist, ist auch die Bedeutung gerade der fristlosen Entlassung für das Fortkommen des Entlassenen zu berücksichtigen.

(RArbG. 86/36 v. 22. Juli 1936: RArbG. 17, 69 = JW. 1936, 3147[34].)

Die Lösung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grunde braucht nicht unverzüglich nach Bekanntwerden des Grundes, muß aber doch innerhalb angemessener Überlegungsfrist ausgesprochen werden.

(RArbG. 89/27 v. 7. März 1928: RArbG. 1, 222 = JW. 1928, 1464 und mehrfach zuletzt RArbG. 186/35 v. 26. Okt. 1935: RArbG. 16, 41.)

Bei Anmaßungen und Überheblichkeiten eines Beschäftigten hat der Betriebsführer in erster Linie erzieherisch einzugreifen.

(LArbG. München v. 30. Nov. 1934: ArbRSamml. 22, 161.)

War das Verhalten des Gekündigten zwar nicht einwandfrei aber nicht ausreichend zur fristlosen Entlassung, so kann der Gehaltsanspruch doch nicht in Anwendung von § 254 BGB. gekürzt werden.

(RArbG. 215/29 v. 19. Okt. 1929: ArbRSamml. 7, 331.)

Für die Frage, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden zugemutet werden kann, ist auch das eigene Verhalten des Kündigenden gemäß §§ 157, 242 BGB. zu berücksichtigen. § 254 BGB. braucht nicht angewendet zu werden.

(RArbG. 133/32 v. 25. Juni 1932: Samml. Vereinigung 1933, 89.)

Die Vertragspflicht eines entlassenen Angestellten, der sich zu Unrecht entlassen glaubt und die Rechte aus dem Dienstvertrag in Anspruch nimmt, besteht fort.

(RG. v. 3. Nov. 1933: RGZ. 142, 175 = JW. 1934, 281.)

Bei fristloser Kündigung dürfen andere wichtige Gründe als ursprünglich angegeben zur Begründung nachgeschoben werden.

(RArbG. 156/34 v. 24. Okt. 1934: RArbG. 14, 223 = JW. 1935, 152.)

Eine Kündigung aus wichtigem Grund mit gesetzlicher Frist in Fällen von Vereinbarung längerer als der gesetzlichen Kündigungsfrist ist unzulässig.

(RArbG. 296/32 v. 4. Febr. 1933: ArbRSamml. 17, 259 = JW. 1933, 1277; von der Rechtslehre bestritten vgl. Anm. Hueck: ArbRSamml. 17, 263.)

### Einzelne wichtige Gründe

Arbeitsverweigerung

Die Schranken der Anordnungsbefugnis des Unternehmers sind der Arbeitsvertrag und die durch Treu und Glauben gebotene Rücksichtnahme auf den Beschäftigten. Der Unternehmer darf nicht Arbeit anderer als der vereinbarten Art verlangen.

(RArbG. 261/31 v. 19. Dez. 1931: RArbG. 10, 47 = JW. 1932, 2646.)

Arbeitsverweigerung des Hofgängers kann Grund zur Kündigung des Hauptarbeiters sein.

(RArbG. 569/28 v. 8. Mai 1929: ArbRSamml. 6, 21 = JW. 1930, 670.)

Wird Arbeit aus berechtigtem Grunde abgelehnt, so besteht kein Grund zur fristlosen Entlassung.

(RArbG. 277/35 v. 15. Febr. 1936: RArbG. 16, 155 = JW. 1936, 1250.)

Arbeitsversäumnis

Wenn ein Beschäftigter gegen den Willen des Unternehmers von der Arbeit fernbleibt, so kann dies ein Grund sein, auch wenn er sich abgemeldet hat.

(RArbG. 527/29 v. 7. Mai 1930: RArbG. 6, 12 = JW. 1931, 1262.)

Außerdienstliches Verhalten.

(RArbG. 62/34 v. 16. Mai 1934: ArbRSamml. 21, 57 = JW. 1934, 2276[1].)

Erhebliches Schuldenmachen, das zu wiederholten Gehaltspfändungen führt.

(LArbG. Aachen v. 19. Okt. 1934: ArbRSamml. 24, 15.)

Ausschluß aus der SA. ist nicht ohne weiteres Grund zur fristlosen Entlassung.

(LArbG. Hamburg v. 1. Febr. 1935: ArbRSamml. 24, 150.)

Behördliches Verlangen.

(RArbG. 114/35 v. 2. Nov. 1935: RArbG. 16, 12.)

Beleidigung

Der Vorwurf des „Lohnraubes“ ist grobe Beleidigung.

(RArbG. 344/31 v. 9. Jan. 1932: RArbG. 10, 72 = JW. 1933, 259.)

Einem Angestellten muß bei einer einmaligen gröblichen Entgleisung eine begründete Erregung zugute gehalten werden.
(RArbG. 86/36 v. 22. Juli 1936: RArbG. 17, 68 = JW. 1936, 3147[34].)

Dem Strafausschließungsgrund des § 193 StGB. kommt für die Frage der fristlosen Entlassung keine ausschlaggebende Bedeutung zu.
(RArbG. 257/34 v. 13. März 1935: RArbG. 15, 34 = JW. 1935, 2225.)

Druck von außen

Auch unberechtigte Vorwürfe maßgeblicher Dritter gegen einen Beschäftigten können einen Grund bilden. Äußerste Vorsicht.
(RArbG. 150/34 v. 28. Nov. 1934: RArbG. 14, 290 = JW. 1935, 1352; vgl. JW. 1935, 1354 und RArbG. 148/34 v. 12. Dez. 1934: ArbRSamml. 22, 215 mit Zusammenstellung älterer Rechtsprechung in Anm.)

Judentum

Der Befehl einer SA.-Dienststelle bildet keinen genügenden Grund zur fristlosen Entlassung eines jüdischen Lehrmädchens.
(LArbG. Darmstadt v. 23. Febr. 1934: ArbRSamml. 20, 88.)

Daß ein Angestellter nichtarischer Abstammung ist, ist für sich allein betrachtet nicht schlechthin ein Grund zur fristlosen Kündigung. Es müssen besondere Umstände vorliegen, die Weiterbeschäftigung unzumutbar erscheinen lassen.
(RArbG. 220/33 v. 28. Okt. 1933: ArbRSamml. 19, 207 = JW. 1934, 121; vgl. JW. 1934, 122 und Rohlfing: JW. 1933, 2098 sowie RArbG. 141/36 v. 7. Okt. 1936: RArbG. 17, 277; vgl. auch RG. v. 3. Sept. 1935: JW. 1935, 3459.)

Krankheit

bildet Grund nur nach sorgfältiger Abwägung beiderseitiger Bedürfnisse. Unternehmer muß besondere Rücksicht tragen.
(RArbG. 381/32 v. 7. Jan. 1933: ArbRSamml. 17, 74 = JW. 1933, 869.)

Mangelhafte Leistung

(RArbG. 62/30 v. 12. Nov. 1930: RArbG. 7, 70 = JW. 1931, 2757.)

Manko

Nicht aufklärbarer Fehlbetrag in einer Kasse rechtfertigt fristlose Entlassung.
(RArbG. 506/28 v. 15. Mai 1929: RArbG. 4, 49 = JW. 1930, 443.)

Unbotmäßigkeit

Widerspenstigkeit des 2. Kochs gegenüber dem Küchenchef rechtfertigt fristlose Entlassung.
(RArbG. 263/34 v. 20. Juni 1935: RArbG. 15, 158 = JW. 1935, 3175.)

Untreue

Schwerwiegender Verdacht eines Vertrauensbruchs durch Beeinflussung außerbetrieblicher Stellen zu Eingriffen in den Betrieb kann wichtigen Grund abgeben.
(RArbG. 12/36 v. 25. April 1936: RArbG. 16, 364 = JW. 1936, 2945.)

Verbot, obrigkeitliches

Polizeiliche Untersagung des Gewerbebetriebes kann Grund sein.
(RArbG. 215/33: ArbRSamml. 19, 159 = JW. 1934, 55; ähnl. RArbG. 2/33 v. 25. Febr. 1933: RArbG. 12, 325 = JW. 1933, 1968 mit Zusammenstellung reichsgerichtlicher Rechtsprechung.)

Verdacht

Verdacht allein einer strafbaren Handlung ist nicht ohne weiteres Grund.
(RArbG. 318/33 v. 23. Juni 1934: ArbRSamml. 21, 145.)

Verheiratung

einer weiblichen Angestellten ist nicht ohne weiteres Grund.
(RArbG. 129/28 v. 29. Sept. 1928: RArbG. 2, 232.)

Vorstrafen

können auch bei erst nachträglicher Kenntnis Grund zur fristlosen Entlassung bilden, jedoch weit zurückliegende nicht.
(RArbG. 228/35 v. 7. März 1936: RArbG. 16, 174 = JW. 1936, 2427.)

Wirtschaftslage

nur bei katastrophaler Gestaltung.
(RArbG. 110/33 v. 26. Juli 1933: ArbRSamml. 18, 300 = JW. 1933, 2235; RArbG. 127/34 v. 26. Sept. 1934: RArbG. 14, 216 = JW. 1934, 3229.)

**b) Auf Grund von Sondervorschriften**

Für den Beginn der Frist, innerhalb deren nach § 123 Abs. 2 RGewO. die fristlose Kündigung ausgesprochen werden muß, genügt die Kenntnis desjenigen Vertreters des Unternehmers, der zur Entlassung befugt ist.
(RArbG. 344/31 v. 9. Jan. 1932: RArbG. 10, 72 = JW. 1933, 259.)

Beharrliche Arbeitsverweigerung i. S. des § 123 Nr. 3 RGewO. setzt Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit voraus.
(RArbG. 211/28 v. 12. Dez. 1928: RArbG. 3, 42 = JW. 1929, 2781; RArbG. 137/36 v. 7. Nov. 1936: ArbRSamml. 28, 273 mit ablehnender Anm. Hueck.)

§ 124a RGewO. ist auf den Vertrauensmann anwendbar. Diesem kann aus jedem wichtigen Grund gekündigt werden.
(RArbG. 263/34 v. 20. Juli 1935: RArbG. 15, 158 = JW. 1935, 3175.)

Die Fristen des Kündigungsschutzgesetzes sind gesetzliche Fristen im Sinne des § 22 KO.
(RArbG. 66/29 v. 25. Sept. 1929: RArbG. 4, 187 = JW. 1930, 85.)

Auf den gewerblichen Lehrvertrag ist § 22 KO. anwendbar. Der Lehrvertrag kann vom Konkursverwalter fristlos gekündigt werden.
(RArbG. 672/30 v. 13. Juni 1931: RArbG. 9, 32; vgl. dazu JW. 1935, 675 und RArbG. 267/35 v. 29. Jan. 1936: RArbG. 16, 149 = JW. 1936, 1254.)

Der Konkursverwalter ist befugt, einen Angestellten des Gemeinschuldners aus wichtigem Grunde fristlos zu entlassen.
(RArbG. 184/35 v. 26. Okt. 1935: RArbG. 16, 8 = JW. 1936, 1253.)

## IV. Folgen der Kündigung

In der Regel muß angenommen werden, daß die fristlose Entlassung eines Angestellten, soweit aus dem Vertrage nicht das Gegenteil zu entnehmen ist, alle vertraglichen Ansprüche für die Zukunft, also auch auf Ruhegehaltsansprüche, beseitigt.
(RArbG. 144/36 v. 25. Nov. 1936: RArbG. 17, 346 = JW. 1937, 1169[35].)

Die Ausübung eines vertragsmäßigen Kündigungsrechts kann eine Schadensersatzpflicht begründen, wenn die Kündigung aus reiner Willkür erfolgt, jedes sachlichen Beweggrundes entbehrt und nur darauf gerichtet ist, dem Beschäftigten Schaden zuzufügen.
(RArbG. 133/36 v. 16. Dez. 1936: ArbRSamml. 28, 337.)

# Die Verpflichteten bei der Kündigungswiderrufsklage

Von Dr. jur. Hans-Joachim Goedel, Fakultätsassistent an der Universität Berlin

Nach § 56 ArbOG. kann ein Arbeiter oder Angestellter, dem nach einjähriger Beschäftigung in dem gleichen Betrieb oder Unternehmen gekündigt wird, wenn es sich um einen Betrieb mit in der Regel mindestens zehn Beschäftigten handelt, binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung beim ArbG. mit dem Antrag auf Widerruf der Kündigung klagen, wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist.

Die Klage ist gegen den Unternehmer zu richten. Er allein ist sowohl in der Lage, als Träger des Rechts durch Ausübung des in § 57 ArbOG. bestimmten Wahlrechts in das Arbeitsverhältnis gestaltend einzugreifen, als auch aus dem Arbeitsvertrage verpflichtet, die im Urteil hilfsweise festzusetzende Abgangsentschädigung zu zahlen.

Die Klage ist also gegen den Einzelunternehmer, die Aktiengesellschaft, die GmbH., den eingetragenen Verein, die Genossenschaft zu richten. Auch das minderjährige Mündel, nicht der Vormund, ist zu verklagen, wenn es Unternehmer ist. Lediglich im Konkurs tritt an die Stelle des Unternehmers der Konkursverwalter, auf den alle Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners zur Ausübung übergegangen sind.

Falls einmal ausnahmsweise der Unternehmer nicht auch zugleich der Betriebsführer ist, z. B. weil ihm die Betriebsführereigenschaft aberkannt ist, kann die Klage nicht gegen den Betriebsführer, sondern muß gegen den Unternehmer gerichtet werden, weil nur mit dem Unternehmer das Arbeitsverhältnis besteht und nur dieser zur Zahlung der Abgangsentschädigung verpflichtet werden kann[1]).

Mehrere Personen können mit der Kündigungswiderrufsklage also nur dann mit Aussicht auf Erfolg verklagt werden, wenn diese sämtlich Unternehmer sind. — Eine Mehrheit von Unternehmern kann besonders bei der offenen Handelsgesellschaft, der Erbengemeinschaft, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und beim nichtrechtsfähigen Verein in Frage kommen.

I. Die offene Handelsgesellschaft. Da nach § 124 HGB. die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte und Verbindlichkeiten haben und auch verklagt werden kann, ist eine Klage gegen die Gesellschaft, vertreten durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter, zweifellos möglich. Fraglich ist aber, ob daneben noch der einzelne Gesellschafter verklagt werden kann.

Es hat wenig Wert, hier begrifflich zu untersuchen, ob der einzelne Gesellschafter Unternehmer ist. Man kann vielleicht sagen, daß jeder Gesellschafter ebenso auch Unternehmer ist, wie er nach herrschender Lehre Vollkaufmann ist, weil das Handelsgewerbe von jedem einzelnen Gesellschafter betrieben wird. Damit ist aber eine Entscheidung darüber, ob jeder einzelne Gesellschafter auch selbständig mit der Kündigungswiderrufsklage verklagt werden kann, noch nicht gewonnen.

Die Kündigungswiderrufsklage setzt nämlich auf seiten des Beklagten eine eigenartige Mischung von Recht und Pflicht voraus. Es genügt nicht, daß nach § 128 HGB. die einzelnen Gesellschafter den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner haften.

Denn das mit der Klage verfolgte Ziel ist Verurteilung des Bekl. zum Widerruf der Kündigung. Im Gegensatz zu § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO., wonach im Falle der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung diese mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, gibt § 57 ArbOG. dem Verurteilten ein Wahlrecht: Er kann wählen zwischen dem Widerruf der Kündigung und der Zahlung der im Urteil hilfsweise festgesetzten Abgangsentschädigung. Ein solches Wahlrecht hat aber nur dann Sinn, wenn durch die Ausübung des Widerrufs das Arbeitsverhältnis auch wirklich fortgesetzt werden kann. Die Kündigungswiderrufsklage setzt also auf seiten des Bekl. ein Recht voraus: sie kann nur gegen den erhoben werden, der tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, in das Arbeitsverhältnis durch Ausübung des Wahlrechts gestaltend einzugreifen.

Da diese Voraussetzungen bei einem Gesellschafter, der von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist, nicht vorliegen (§ 125 HGB.), kann dieser auf keinen Fall mit der Kündigungswiderrufsklage in Anspruch genommen werden.

Ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ist zwar in der Lage, die Kündigung wirksam zu widerrufen, andererseits haftet er auch für die Gesellschaftsschulden, also z. B. für die Abgangsentschädigung. Trotzdem ist die Kündigungswiderrufsklage nicht gegen ihn zu richten, da der Arbeitsvertrag nicht zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem Gefolgsmann abgeschlossen ist, der Gesellschafter also auch nicht Träger des Rechts aus dem Arbeitsverhältnis ist.

Es handelt sich hier vielmehr um ein zufälliges Zusammentreffen von Haftung und Vertretungsmacht, ähnlich wie es der Fall ist bei einem Prokuristen, der sich verbürgt hat.

Daß es sich nur um ein zufälliges Zusammentreffen von Vertretungsmacht und Haftung handelt, wird am deutlichsten, wenn man daran denkt, daß in der deutschen Wirtschaft das Alleinvertretungsrecht nicht üblich ist. Die Regel ist vielmehr, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit einem anderen Gesellschafter oder Prokuristen vertreten kann. In diesem Falle kann der Gesellschafter mit der Kündigungswiderrufsklage sicher nicht allein verklagt werden.

Hinzu kommt noch ein praktisches Bedenken: Wenn der Gekündigte neben der offenen Handelsgesellschaft auch noch den einzelnen Gesellschafter verklagen kann, sind widersprechende Entscheidungen unausbleiblich. Was wird, wenn die verurteilte Gesellschaft den Widerruf der Kündigung ablehnt, der einzelne verurteilte Gesellschafter aber widerruft? Soll der Gekündigte dann einen Titel auf die Abgangsentschädigung und zugleich ein Recht auf Weiterzahlung des Lohns haben? Oder was geht vor?

Aus alledem folgt, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Kündigungswiderrufsklage nur gegen die Gesellschaft gerichtet werden kann.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß für die einzelnen Gesellschafter aus einer Kündigungswiderrufsklage eine Haftung niemals begründet werden kann. Es ist bei den Gesellschaftern vielmehr ähnlich wie bei anderen Personen, die außerhalb des eigentlichen Arbeitsvertrages stehen und doch für die Verbindlichkeiten des Unternehmers haften; das ist z. B. der Fall bei dem aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter, der für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft noch fünf Jahre nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft haftet (§ 159 HGB.), oder bei einem Bürgen, der für die Verbindlichkeiten des Unternehmers gegenüber der Gefolgschaft einzustehen hat.

Auch diese Personen können mit der Kündigungswiderrufsklage nicht verklagt werden, da sie kein Einwirkungsrecht auf den Arbeitsvertrag haben. Trotzdem kann auch für sie durch eine Verurteilung auf Grund einer Kündigungswiderrufsklage, die gegen den Unternehmer gerichtet war, eine Verpflichtung begründet werden.

Da es sich dann bei der Inanspruchnahme der Haftung der Nebenverpflichteten um eine gewöhnliche Klage handelt,

[1]) Ebenso: Hueck-Nipperdey-Dietz, „Komm. z. ArbOG.“, 1934, § 56, Anm. 29.

besteht irgendeine Frist für die Erhebung der Klage nicht. Eine zeitliche Schranke für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nebenverpflichteten enthalten nur die Grundsätze über die Verjährung und die Verwirkung. Nur eins ist zu beachten: Der Gekündigte kann die Nebenverpflichteten nicht sogleich nach der Kündigung in Anspruch nehmen, sondern muß abwarten, wie sich die Rechtslage mit dem Unternehmer gestaltet hat. Erst wenn der mit dem Unternehmer (z. B. der offenen Handelsgesellschaft) geführte Rechtsstreit über den Widerruf der Kündigung sein Ende gefunden hat und das Wahlrecht vom Unternehmer ausgeübt ist, kann eine Klage gegen die einzelnen Gesellschafter, den Bürgen oder den ausgeschiedenen Gesellschafter mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden. Da diese für die Verbindlichkeiten des Unternehmers in ihrer jeweiligen Gestalt einzustehen haben, kann der Gekündigte bei Widerruf der Kündigung auch von ihnen Weiterzahlung des Lohns oder aber, wenn der Unternehmer nicht widerrufen hat, Zahlung der Abgangsentschädigung fordern.

II. Die Erbengemeinschaft. Nicht selten ist der Fall, daß ein Unternehmer von mehreren Erben beerbt wird. Diese kündigen bald darauf einem Mitglied der Gefolgschaft, das die Kündigungswiderrufsklage erheben will. Gegen wen ist diese zu richten?

Die Erbengemeinschaft ist mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit nicht ausgestaltet, sie kann als solche also auch nicht verklagt werden. Es erhebt sich daher hier die Frage, ob es genügt, wenn der Gekündigte gegen einen Erben klagt oder ob er alle Miterben verklagen muß.

Ausgangspunkt der Untersuchung hat die Erkenntnis zu sein, daß die Berechtigung aus dem Arbeitsvertrage, die auf die Erben übergegangen ist, einen Nachlaßgegenstand darstellt und daß es sich bei der Verpflichtung aus der Kündigungswiderrufsklage um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt. Zwar wird das Recht auf Widerruf der Kündigung oder Zahlung der Abgangsentschädigung erst durch den Ausspruch der Kündigung ausgelöst, es hat jedoch seine Wurzel in dem schon vor dem Erbfall bestehenden Beschäftigungsverhältnis.

Es würde genügen, einen Miterben zu verklagen, wenn es sich bei der Kündigungswiderrufsklage um eine gesamtschuldnerische Verpflichtung handeln würde (§ 421 BGB.). Trotz des Wortlauts des § 2058 BGB., wonach die mehreren Miterben als Gesamtschuldner haften, trifft diese Auffassung jedoch nicht zu.

Eine gesamtschuldnerische Haftung würde bedeuten, daß sämtliche Miterben die mit der Kündigungswiderrufsklage verlangte Leistung schulden, daß aber der Gekündigte nur einmal berechtigt sei, die Leistung von einem Miterben zu fordern. Wenn also ein Miterbe erklären würde, er widerrufe die Kündigung, so wäre damit beim Vorliegen einer Gesamtschuld das Recht des Gekündigten verbraucht. Ihm würde aber diese Erklärung gar nichts nützen, da die Erklärung eines Miterben allein unwirksam ist, denn nach § 2040 Abs. 1 BGB. können die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen.

Man darf es also bei den Miterben nicht auf ihre Verpflichtung, sondern muß es auf ihre Berechtigung aus dem Arbeitsvertrage abstellen. Es ist bei der Kündigungswiderrufsklage ähnlich wie bei sonstigen Verpflichtungen der Erbengemeinschaft zu Speziesleistungen aus der Erbschaft, z. B. zur Auflassung eines Grundstücks. Auch hier müssen trotz der Vorschrift des § 2058 BGB. alle Gesamthänder auf Auflassung verklagt werden, weil nur die Auflassungserklärungen sämtlicher Miterben eine wirksame Verfügung über den Nachlaßgegenstand darstellen.

Während aber bei der Klage auf Auflassung die Erklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, ergeben sich bei der Kündigungswiderrufsklage aus dem Wahlrecht, das den Bekl. eingeräumt ist, weitere Schwierigkeiten.

Aus § 2040 Abs. 1 BGB., wonach die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können, folgt notwendig, daß die Erbengemeinschaft die Kündigung nur dann wirksam wiederrufen hat, wenn sämtliche Miterben den Widerruf binnen drei Tagen ausgesprochen haben. Die Frist läuft für jeden Bekl. besonders von dem Tage an, an dem ihm das Urteil zugestellt worden ist.

Hat auch nur ein Miterbe den Widerruf nicht rechtzeitig erklärt, so schuldet die Erbengemeinschaft die Abgangsentschädigung. Nach innen kann die Erbengemeinschaft freilich durch Mehrheitsbeschluß bestimmen, ob sie den Widerruf der Kündigung wählen will oder nicht (§§ 2038 Abs. 2, 745 BGB.). Hält sich aber ein Miterbe an diesen Beschluß nicht, so kann dieser nach §§ 2038 Abs. 1, 276 BGB. der Gesamthand schadensersatzpflichtig sein; die Erbengemeinschaft schuldet trotzdem die Abgangsentschädigung.

Die Verpflichtung der Erbengemeinschaft zur Zahlung dieser Abgangsentschädigung ist sowohl eine gesamthänderische wie eine gesamtschuldnerische.

Gesamthänderische Verpflichtung bedeutet, daß die Miterben verpflichtet sind, „aus dem Nachlaß" zu leisten.

Bei der gesamtschuldnerischen Verpflichtung kann sich der Kl. an jeden einzelnen Miterben halten, also z. B. auch an den, der seinerseits die Kündigung widerrufen wollte.

Ob eine gesamtschuldnerische oder gesamthänderische Verurteilung ausgesprochen wird, ist in erster Linie abhängig vom Antrag des Kl.

Daran, daß er eine gesamthänderische Verurteilung beantragen kann, wenn er die Kündigungswiderrufsklage gegen alle Gesamthänder richtet, dürften keine Zweifel bestehen.

Fraglich ist aber, ob er sogleich bei der Kündigungswiderrufsklage die gesamtschuldnerische Verpflichtung des einzelnen Erben geltend machen kann oder ob er hier — ähnlich wie der Kl. bei der offenen Handelsgesellschaft, wenn er die einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen will — auf eine besondere Klage gegen die einzelnen Erben nach Abschluß des gegen die Erbengemeinschaft geführten Kündigungswiderrufsverfahrens angewiesen ist. Letzteres dürfte hier nicht nötig sein, da die gesamtschuldnerische Verpflichtung des Erben aus seiner Erbenstellung entspringt und er — im Gegensatz zum Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft — in dieser Erbenstellung der richtige Bekl. bei der Kündigungswiderrufsklage ist. Es handelt sich also bei der Schuld des Erben nicht um eine bloße Nebenverpflichtung (Haftung) neben der eigentlichen Schuld der Erbengemeinschaft, sondern die gesamtschuldnerische Verpflichtung der einzelnen Erben ist die Hauptform, wie sich die Verpflichtung der Gesamthand bei der Erbengemeinschaft äußert.

Der Kl. wird bei der Verpflichtung zur Zahlung der Abgangsentschädigung beantragen, die Erben als Gesamtschuldner zur Zahlung der Abgangsentschädigung zu verurteilen, weil er sich so besser steht, während eine gesamtschuldnerische Verurteilung zum Widerruf der Kündigung — wie schon oben dargelegt — einen Schlag ins Wasser bedeuten würde.

Der Urteilstenor würde dann etwa lauten:

„Die ... (beklagten Miterben) werden verurteilt, die Kündigung des Kl. zu widerrufen. Falls nicht sämtliche Bekl. binnen drei Tagen nach Zustellung des Urteils die Kündigung widerrufen haben, wobei die Frist für jeden Bekl. gesondert von dem Tage an rechnet, an dem ihm das Urteil zugestellt wurde, werden sämtliche Bekl. als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kl. ... RM zu zahlen."

Bisher wurde davon ausgegangen, daß sämtliche Miterben in einer Klage verklagt werden. Ist das nötig?

Das RG. hat schon früher in anderen Fällen eines Passivprozesses gegen die Gesamthand, z. B. bei der Verpflichtung der Erbengemeinschaft zur Auflassung eines Grund-

stücks, ausgesprochen, daß bei den einzelnen Gesamthändern eine notwendige Streitgenossenschaft nur für die Zwangsvollstreckung gegeben sei. Dann sei ein Titel gegen alle Miterben erforderlich. Allein dieser Titel brauche kein einheitlicher zu sein; denn wer sämtliche Erbanteile in Anspruch nehmen könne, könne auch den ganzen Nachlaß und dessen einzelne Bestandteile in Anspruch nehmen [2]).

Man wird diese Gedanken auch für die Kündigungswiderrufsklage verwerten können. Jedoch ist dem Gekündigten nicht zu raten, die einzelnen Miterben einzeln zu verklagen. Diese Klageform hat nur dann in Frage zu kommen, wenn der Kl. in Unkenntnis dessen, wer die Miterben sind, die Kündigungswiderrufsklage nicht gegen alle Miterben gerichtet hatte. Dann ist nicht nötig, daß er die bereits schon verklagten Miterben nochmals mit den übrigen verklagt, sondern es genügt eine zweite Klage gegen diese [3]).

Die Einzelklagen haben für den Kl. verschiedene Nachteile: Zunächst entstehen für jede Klage besondere Gebühren, der Kl. hat also ein erhöhtes Kostenrisiko. Außerdem kann er nur dann eine Wiedereinstellung erreichen, wenn er in sämtlichen Einzelklagen gewonnen hat. Wenn er auch nur mit einer Klage abgewiesen ist, besteht keine gesamthänderische Verpflichtung der Erbengemeinschaft. Das hat nicht nur für den Widerruf Bedeutung, sondern auch für die Abgangsentschädigung. Eine Abgangsentschädigung wird nur dann geschuldet, wenn einer bestehenden Verpflichtung zum Widerruf der Kündigung nicht nachgekommen wird.

Daraus folgt, daß der einzelne Miterbe bei der Einzelklage auch nicht gesamtschuldnerisch mit den anderen Miterben zur Zahlung der Abgangsentschädigung verurteilt werden kann, und zwar auch nicht für den Fall, daß der verurteilte Miterbe den Widerruf seinerseits ablehnt; denn dessen Erklärung ist bedeutungslos, wenn der Kl. von den anderen Miterben den Widerruf nicht verlangen kann.

Bei der Einzelklage kommt also nur die gesamthänderische Verpflichtung in Frage. Da in die Erbschaft dann nur vollstreckt werden kann, wenn ein Titel gegen alle Miterben gegeben ist, ist so die Gewähr dafür gegeben, daß die Abgangsentschädigung nur dann erlangt werden kann, wenn der gegenüber allen Miterben festgestellten Verpflichtung zum Widerruf der Kündigung nicht nachgekommen ist.

III. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Bei der Gesellschaft ist die Kündigungswiderrufsklage gegen sämtliche Gesellschafter zu richten, ähnlich wie bei der Erbengemeinschaft. Eine Klage gegen den oder die vertretungsberechtigten Gesellschafter allein genügt nicht.

Der Widerruf ist von allen Gesellschaftern zu erklären. Zu einem wirksamen Widerruf genügt es aber, wenn ein Gesellschafter, der die Gesellschaft Dritten gegenüber vertreten kann, den Widerruf für die Gesellschaft ausgesprochen hat.

Für die Abgangsentschädigung kommt sowohl eine gesamthänderische wie eine gesamtschuldnerische Verpflichtung in Frage.

In allen Fällen haftet das Gesellschaftsvermögen.

Ob daneben noch eine gesamtschuldnerische Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter besteht, hängt davon ab, wie seinerzeit der Anstellungsvertrag des Gekündigten abgeschlossen ist.

Wurde er von allen Gesellschaftern gemeinsam angestellt, dann haften sie auch für die Abgangsentschädigung als Gesamtschuldner (§ 427 BGB.). Das gleiche gilt, wenn er von einem Gesellschafter angestellt wurde, der dabei die Gesellschaft, d. h. die übrigen Gesellschafter, vertreten konnte. Zuweilen ist jedoch die Vertretungsmacht dahin eingeschränkt, daß der geschäftsführende Gesellschafter nur berechtigt ist, die Gesellschafter mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verpflichten. Dann kommt wieder nur eine gesamthänderische Verpflichtung in Frage.

In dem über die Kündigungswiderrufsklage ergehenden Urteil gegen die Gesamtheit der Gesellschafter kann sowohl eine gesamthänderische als auch eine gesamtschuldnerische Verurteilung ausgesprochen werden, soweit letztere nach dem eben Gesagten begründet ist.

Im übrigen gilt das bei der Erbengemeinschaft Gesagte entsprechend.

IV. Beim nichtrechtsfähigen Verein ist die Klage gegen den Verein zu richten, da dieser nach § 50 Abs. 2 ZPO. passivparteifähig ist.

Der Widerruf ist wirksam erklärt, wenn entweder — was allerdings kaum praktisch vorkommen dürfte — sämtliche [4]) Vereinsmitglieder den Widerruf ausgesprochen haben oder wenn der Vorstand die Kündigung widerrufen hat.

Ob die Gesamtheit der Mitglieder des Vereins verklagt werden kann, kann zweifelhaft sein. Einerseits steht theoretisch die Berechtigung aus dem Arbeitsverhältnis der aus sämtlichen Vereinsmitgliedern gebildeten Gesamthand zu, andererseits bildet doch auch das Vermögen des nichtrechtsfähigen Vereins ein gewisses Sondergut, so daß es zweifelhaft ist, ob die einzelnen Vereinsmitglieder noch Träger des Rechts aus dem Arbeitsverhältnis sind. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist die Trennung schon so weit durchgeführt, daß der einzelne Gesellschafter nicht mehr als Träger des Rechts angesehen werden kann. Entsprechendes dürfte auch für den nichtrechtsfähigen Verein gelten, so daß die Gesamtheit der Vereinsmitglieder nicht mit der Kündigungswiderrufsklage verklagt werden kann. Die Frage hat keine große praktische Bedeutung, da eine Klage gegen den Verein, vertreten durch den Vorstand, erheblich einfacher ist und daher wohl immer bevorzugt werden wird.

Für die Zahlung der Abgangsentschädigung gilt beim nichtrechtsfähigen Verein folgendes:

Aus dem gegen den Verein auf Widerruf ergangenen Urteil kann in das Vereinsvermögen vollstreckt werden (§ 735 ZPO.).

Sollen noch weitere Vermögensmassen in Anspruch genommen werden, dann muß gegen die Nebenverpflichteten neu auf Zahlung geklagt werden. Das sind vor allem die Vorstandsmitglieder (a) und u. U. auch sämtliche Vereinsmitglieder (b).

a) Nach § 54 Satz 2 BGB. haftet aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines nichtrechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen ist, der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.

Bei der Frage, wer Handelnder im Sinne von § 54 BGB. ist, darf nicht darauf gesehen werden, wer den Widerruf der Kündigung abgelehnt hat, sondern wer seinerzeit den Anstellungsvertrag geschlossen hat, denn die Anstellung ist die Quelle für die Verpflichtung zur Zahlung der Abgangsentschädigung.

b) Für die Vereinsschulden haften die einzelnen Mitglieder in der Regel nur mit ihrem Anteil am Vereinsvermögen, weil der Vorstand im allgemeinen nur Vollmacht hat, das Vereinsvermögen zu verpflichten. Dann kommt eine besondere Klage gegen die Vereinsmitglieder nicht in Frage, da der Gekündigte das Vereinsvermögen bereits mit der Klage gegen den Verein in Anspruch nehmen kann.

Eine solche Klage kommt nur dann in Betracht, wenn der Vereinsvorstand ausnahmsweise auch das sonstige Vermögen der Vereinsmitglieder verpflichten kann. In diesem Falle haften die Mitglieder für die Zahlung der Abgangsentschädigung als Gesamtschuldner.

---

[2]) So RGZ. 71, 371 = JW. 1909, 490; ähnlich RGZ. 68, 222 f. = JW. 1908, 336.

[3]) Evtl. nachdem er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat (§ 6 der 14. DurchfVO. z. ArbOG. v. 15. Okt. 1935).

[4]) Ein Mehrheitsbeschluß der Mitgliederversammlung reicht nicht aus, weil er Dritten gegenüber keine Wirkung äußert.

# Kündigungsschutz leitender Angestellter

Von Dr. Hetzell, beim Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Schlesien

1. Schon durch das BetrRG. des Jahres 1920 (RGBl. I, 147) ist den Arbeitern und Angestellten Schutz gewährt worden gegen eine Kündigung, die „sich als eine mutwillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte“ darstellte (§ 84 Abs. 1 Ziff. 4 a. a. O.)[1]). Nichts aber ist typischer für die einseitige Einstellung des damaligen Gesetzgebers als die Tatsache, daß dieser Kündigungsschutz gemäß § 12 Abs. 2 BetrRG. nicht galt für Vorstandsmitglieder und gesetzliche Vertreter von juristischen Personen, für Geschäftsführer und Betriebsleiter, die zur selbständigen Einstellung oder Entlassung der übrigen Gefolgschaftsmitglieder berechtigt waren, ja nicht einmal für Prokuristen und Generalbevollmächtigte. Diese Gruppe von Personen, die man zusammenfaßt unter der Bezeichnung „leitende Angestellte“, erfüllen in erster Linie Obliegenheiten der Unternehmer und brauchten deshalb nach damaliger Auffassung auch nicht geschützt zu werden.

Und doch ist gerade das Schutzbedürfnis dieser Personen nicht minder groß. Die Gefahr ihrer Entlassung aus unsachlichen Gründen ist bei ihnen sogar um ein Vielfaches größer als bei den übrigen Gefolgschaftsmitgliedern. Der selbständig wirtschaftende Gutsbeamte, der im Interesse der Gefolgschaft größere Mittel für den Bau ordnungsmäßiger Werkwohnungen aufgewandt, der Direktor einer Aktienbrauerei, der entgegen den Wünschen der anonymen Menge der Aktionäre für soziale Einrichtungen im Betriebe gesorgt hat, alle diese müssen sich dem Unternehmer gegenüber in weit größerem Maße persönlich einsetzen und gefährden dadurch oftmals aus Interesse an dem Wohl der Gefolgschaft des Betriebes ihre eigene persönliche Stellung.

Es ist auch unrichtig, daß diese Personen aus wirtschaftlichen Gründen weniger schutzbedürftig sind. Zutreffend ist nur, daß sie oftmals ein Gehalt beziehen, das entsprechend ihren Fähigkeiten und ihrer Verantwortung den Lohn eines Arbeiters erheblich übersteigt. Man lese aber nur die Statistik über die Arbeitslosigkeit der Angestellten nach, wenn man sich von dem Schicksal überzeugen will, das sie bedroht, wenn sie einmal berechtigt oder unberechtigt ihren Arbeitsplatz verlieren. Die Tragik älterer Gutsangestellter insbesondere ist bekannt. Gelingt es diesen doch kaum, jemals wieder eine entsprechende Stellung zu finden. Gerade bei den älteren Angestellten müssen diese Verhältnisse aber fast notwendig dazu führen, daß sie ihre verantwortungsvolle Aufgabe nicht mehr erfüllen, sondern aus Angst vor der Not zum Werkzeug in der Hand des Unternehmers werden und nicht mehr wagen, den von ihnen für richtig erkannten Standpunkt zu vertreten.

2. Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat denn auch diese völlig unberechtigte Ausnahmestellung der leitenden Angestellten beseitigt und gewährt gleichen Kündigungsschutz allen „Angestellten und Arbeitern“ (§ 56 ArbOG.). Durch diese Bestimmung werden also auch die leitenden Angestellten erfaßt.

Darüber besteht grundsätzliches Einverständnis[2]). Keine Einigkeit aber besteht darüber, ob dieser Kündigungsschutz auch dann eingreift, wenn ein Angestellter z. B. als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person gleichzeitig Führer des Betriebes ist (§ 3 Abs. 1 ArbOG.) oder wenn er vom Unternehmer zum stellvertretenden Betriebsführer ernannt worden ist (§ 3 Abs. 2 ArbOG.). Dagegen wird ausgeführt, der gesetzliche Vertreter der juristischen Person sei ihr Organ und nicht ihr Angestellter; er sei gewissermaßen der konkrete Prinzipal im Gegensatz zum abstrakten (der juristischen Person selbst)[3]). Wer aber die Stellung eines Prinzipals einnehme, könne nicht gleichzeitig Angestellter sein[4]). Es bedeutet aber m. E. eine völlige Verkennung der durch die nationalsozialistische Revolution erfolgten weltanschaulichen Umwälzung, wenn gesagt wird, es hätte im ArbOG. noch besonders „zum Ausdruck gebracht werden müssen, wenn entgegen dem bisherigen Recht der Kündigungsschutz auch auf diese Person hätte ausgedehnt werden sollen“[5]).

Ob man einen Führer des Betriebes oder seinen Stellvertreter im übrigen als Arbeitnehmer im allgemein arbeitsrechtlichen Sinne ansehen will, ist doch für die Entscheidung dieser Frage ohne jede Bedeutung[6]). Das ArbOG. geht ebensowenig wie das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten v. 9. Juli 1926 (RGBl. I, 399) von diesem theoretischen Begriff aus[7]). Es spricht vielmehr nur von Arbeitern und Angestellten schlechthin. Ein Grund, den Angestelltenbegriff anders zu fassen als in dem ebengenannten Gesetz besteht daher nicht. Dieses aber nimmt ausdrücklich Bezug auf die Definition des AngVersG. v. 28. Mai 1924 (RGBl. I, 563), das in seinem § 1 Ziff. 1 leitende Angestellte erwähnt, ohne im übrigen Rücksicht auf ihre Stellung im Betriebe zu nehmen, ohne zu unterscheiden, ob sie in manchen Beziehungen eine Prinzipalstellung einnehmen[8]).

Entsprechend den obigen Ausführungen über das Schutzbedürfnis dieser Gruppe von Angestellten sind daher m. E. die im ArbOG. enthaltenen Bestimmungen über die Widerrufsklage gleichmäßig auf alle Angestellten anzuwenden. Mag ein Angestellter der Gefolgschaft gegenüber auch die Stellung eines Betriebsführers innehaben, im Verhältnis zum Unternehmer steht er ebenso wie die anderen Arbeiter und Angestellten in einem Abhängigkeitsverhältnis. Maßgebend aber können nur diese Beziehungen zum Unternehmer sein, da diese durch die Kündigung gelöst werden würden[9]).

Die Bestimmung des § 56 Abs. 2 ArbOG., auf die demgegenüber Hueck-Nipperdey hinweisen, wonach Voraussetzung für die Gewährung des Kündigungsschutzes die Beibringung einer Bescheinigung des Vertrauensrates ist, deren Vorsitzende sie in ihrer Eigenschaft als Führer des Betriebes selbst sind, steht dem durchaus nicht entgegen. Diese Vorschrift wirkt sich vielmehr bei der Kündigung solcher leitender Angestellten durchaus im nationalsozialistischen Sinne dahin aus, daß nun auch die Gefolgschaft maßgeblichen Einfluß erhält und zeigen kann, ob sie mit dem bisherigen Führer des Betriebes zufrieden war. Gerade in Fällen aber, in denen sich der Gekündigte für die Gefolgschaft eingesetzt hat, kann diese ihn jetzt in wahrer Betriebsgemeinschaft unterstützen.

Es kann somit als geltendes Recht angesprochen werden, daß auch diejenigen leitenden Angestellten, die innerhalb der

[1]) Nur dieser Kündigungsschutz soll hier behandelt werden. Das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten v. 9. Juli 1926, durch das langjährigen Angestellten auch ein gewisser Schutz gewährt ist, bleibt unberührt.

[2]) Vgl. Mansfeld-Pohl § 56 Anm. 2a; Hueck-Nipperdey § 56 Anm. 2.

[3]) Vgl. RGZ. 120, 302 = JW. 1928, 1560 m. Anm.

[4]) Kallee, Arbeitsrechtskartei, Entlassungsschutz IV B 4.

[5]) Hueck-Nipperdey § 56 Anm. 2a.

[6]) § 5 Abs. 2 ArbOG., der ausdrücklich bestimmt, der gesetzliche Vertreter sei nicht Beschäftigter im Sinne dieses Gesetzes, ist für die Widerrufsklage nach § 56 ArbOG. ohne Bedeutung, da dort die Zuständigkeit des ArbG. besonders hervorgehoben ist.

[7]) Für das letzte Gesetz ist dies vom RArbG. und auch vom RG. anerkannt (vgl. RArbG. v. 25. Sept. 1929: BenshSamml. 7, 159; RG. v. 21. Mai 1935 in Arbeitsrechtskartei, Entlassungsschutz IV B 4); für das ArbOG. fehlen m. W. bisher Erkenntnisse höherer Gerichte.

[8]) So sind denn auch Vorstandsmitglieder von juristischen Personen grundsätzlich versicherungspflichtig. Freilich wird ihre Entlohnung meist die Versicherungsgrenze des § 3 VersG. übersteigen.

[9]) Im Ergebnis stimmt überein Mansfeld § 56 Anm. 2a.

Betriebsgemeinschaft die Aufgabe des Führers des Betriebes im Sinne des ArbOG. erfüllen, gegenüber dem Unternehmer denselben Schutz genießen wie alle anderen Gefolgschaftsmitglieder.

3. In Verkennung dieser schon jetzt bestehenden Rechtslage wird vielfach darüber hinaus aus Kreisen der Praxis angeregt, wegen des erhöhten Schutzbedürfnisses diesen Personengruppen auch einen verstärkten Kündigungsschutz zu gewähren. Man hat vorgeschlagen, ihnen insoweit die Stellung eines Vertrauensmannes einzuräumen, ihre Kündigung also überhaupt nur dann zuzulassen, wenn ein Grund zur fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliege (§ 14 Abs. 1 ArbOG.).

Allein gegen diesen Vorschlag bestehen doch erhebliche Bedenken. Wenn ein leitender Angestellter, wie z. B. ein Prokurist, im Betriebe nicht gleichzeitig eine Führerstellung im Sinne des ArbOG. innehat, kann er allerdings im Einvernehmen zwischen dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft zum Vertrauensmann gewählt werden (§ 9 Abs. 1 ArbOG.). Und es kann auch Fälle geben, in denen der Treuhänder der Arbeit gemäß § 9 Abs. 2 ArbOG. einen solchen leitenden Angestellten in den Vertrauensrat beruft, wenn er dadurch eine Stärkung seiner Stellung erreichen will.

Anders ist es aber, wenn sie gemäß § 3 Abs. 1 oder 2 ArbOG. selbst Führer des Betriebes oder deren Stellvertreter sind. Der Führer des Betriebes ist schon kraft Amtes Mitglied und Vorsitzender dieses Vertrauensrates (§ 5 Abs. 1 Satz 2), ohne doch den Schutz der Vertrauensmänner zu genießen. Mit ihrer Stellung wäre es unvereinbar, wenn sie sich außerdem von der Gefolgschaft noch in den Vertrauensrat wählen ließen. Die Aufgabe des Vertrauensrates liegt in der Beratung der Betriebsführung; wer Führer ist, kann aber nicht gleichzeitig Berater sein.

Nur der sog. „unterstützende Stellvertreter“[10]), der nur ausnahmsweise oder im gewissen Umfange als Führer des Betriebes auftritt, kann in den Vertrauensrat berufen werden, da er wie jeder andere auch als Gefolgschaftsmitglied anzusehen ist[11]). So bestehen z. B. keine Bedenken, den Inspektor eines Gutes, der unter der Oberleitung eines Güterdirektors tätig wird, mit in den Vertrauensrat zu wählen. Im Einzelfall kann es indes zweifelhaft sein, wer als unterstützender Stellvertreter anzusehen ist.

Eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes, die von mancher Seite angeregt wird, halte ich aber auch für sehr gefährlich. Nach nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung ist es dem Unternehmer grundsätzlich überlassen, sich seine Mitarbeiter auszuwählen. Bei der großen wirtschaftlichen Bedeutung, die gerade diese leitenden Angestellten für den Betrieb haben, muß dieser Grundsatz zur notwendigen Folge haben, daß ihnen auch die Möglichkeit gegeben wird, sich wieder von ihnen zu trennen[12]). Meines Erachtens ist daher ein gesetzlicher Eingriff unzweckmäßig, aber auch wohl unnötig, wenn nur über die gegenwärtige Rechtslage genügende Klarheit herrscht. Diese herbeizuführen, dienten die obigen Ausführungen.

[10]) Hueck-Nipperdey § 3 Anm. 24.

[11]) Hueck-Nipperdey § 5 Anm. 7, § 14 Anm. 3.

[12]) Von dem Schutz vor willkürlicher Entlassung wird ein zweiter Aufsatz berichten.

# Zur Normenwirkung der Betriebsordnung

Von Rechtsanwalt Dr. Meißinger, Berlin

Die Praxis pflegt oft zu sagen, daß die Arbeitsordnung i. S. der durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit insoweit aufgehobenen Bestimmungen der Gewerbeordnung nunmehr durch die Betriebsordnung ersetzt sei. Auch im Schrifttum zur Betriebsordnung wird gelegentlich die Arbeitsordnung als die Vorläuferin der Betriebsordnung bezeichnet. Diese Auffassungen liegen doch etwas schief und sind geeignet, in der Betriebspraxis für die Gestaltung und Durchführung der Betriebsordnung mancherlei Irrtümer aufkommen zu lassen. Ebenso geht die Meinung an der tatsächlichen Entwicklung vorbei, die da glaubte, daß nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit die kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifordnungen (an Stelle der früheren korporativ-kollektiven Tarifverträge) in Zukunft nach dem Grundsatz bevorzugter Berücksichtigung der Betriebseigenheit aller einzelnen Betriebe hinter der betriebs-individuellen Regelung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsordnungen zurücktreten müßte. Die tatsächliche Entwicklung hat hier die gegenteilige Richtung eingeschlagen und die Tarifordnungen nach wie vor in die erste Linie einer Regelung von Arbeitsnormen gestellt, was für den Kenner der deutschen Wirtschaft in ihrer Zusammensetzung nach Groß-, Mittel- und Kleinbetrieben mit ihrer gerade die deutsche Wirtschaft in ihrer Entwicklung, Bedeutung und weltwirtschaftlichen Stellung kennzeichnenden, vielseitigen fachlichen Gliederung gewiß nicht verwunderlich sein konnte. Im Umfang der Normensetzung wie in ihrer tarifrechtlichen Bedeutung steht also die Tarifordnung mit ihren Normen nach wie vor an der Spitze der Rangordnung. Neben der hier zu behandelnden normenrechtlichen Unterscheidung der Betriebsordnung von der Arbeitsordnung muß dann zunächst ein wesentlicher, die frühere Lage ändernder Gesichtspunkt herausgestellt werden. Das geltende Arbeitsnormenrecht kennt nicht mehr die im korporativen Kollektivismus der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände so heiß umstrittenen Firmen- oder Werkstarife. Das Tarifrecht in der Rechtsprechung und Wissenschaft vor dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit hat die Firmen- oder Werkstarife neben den korporativen Tarifverträgen als echte tarifliche Arbeitsnormen mit den daraus sich ergebenden Folgerungen anerkannt. Dies hatte vor allem zur Folge, daß die Werks- oder Firmentarife auch das Gewicht einer tarifvertraglichen Regelung zur Verlängerung der Arbeitszeit nach den Bestimmungen des Arbeitszeitrechts hatten, in Werks- oder Firmentarifen also auch die regelmäßige Arbeitszeit bis zur zehnstündigen Höchstgrenze festgelegt werden konnte; den Sozialpolitikern ist in Erinnerung, welche Bedeutung diese Frage zeitweise z. B. auf dem so heiß umstrittenen Gebiet des Zweischichtensystems im Ringen um den Wiederaufbau der Wirtschaft nach der Inflation gehabt hat. Mit Wirkung vom 1. Okt. 1934 ab, d. h. also von dem Zeitpunkt, an dem die Betriebsordnungen erlassen und in Kraft gesetzt werden mußten, sind nun diese Werks- oder Firmentarife aufgehoben und außer Kraft gesetzt worden. Der leitende Gedanke dabei war, neben der ein Außenseitertum in der Arbeitsnormenregelung nicht mehr kennenden Normensetzung durch den Treuhänder der Arbeit die bisher in Werks- oder Firmentarifen zur Geltung gebrachten betrieblichen Eigenheiten für die Zukunft in den Betriebsordnungen zum Ausdruck und zu ihrem Recht kommen zu lassen. Damit ist die Bedeutung der Betriebsordnungen weit über die der früheren Arbeitsordnung hinaus gehoben worden. —

Für die Normenwirkung dieser Betriebsordnungen gilt in erfrischender und deutlicher Kürze die Bestimmung des § 30 ArbOG.: Die Bestimmungen der Betriebsordnung sind für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingungen rechtsverbindlich. Damit ist in wesentlicher Erweiterung des Rechtskreises der früheren Arbeitsordnungen nunmehr eindeutig entschieden, daß die Arbeitsnorm

der Betriebsordnungen ebenso wie die Arbeitsnorm der Tarifordnungen dem Gesetz der Normenwirkung unterliegen: Sie bringen die Kraft der unmittelbaren und unabdingbaren Normenwirkung mit. Es kann nicht Aufgabe dieser Skizze sein, die tarifrechtliche Lehre über Sinn und Wesen der Unmittelbarkeit und der Unabdingbarkeit solcher Arbeitsnormen darzulegen, obwohl auch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in seiner weisen Beschränkung des gesetzlichen Ausdrucks und Umfangs der Regelung hier für die Rechtslehre hinreichend Spielraum gelassen hat, ohne daß man der Untersuchung dieser wichtigen Rechtsgrundsätze durch die Wissenschaft, vor allem was die Unmittelbarkeit der Normenwirkung anlangt, den bequemen Einwand überflüssiger Sophisterei machen könnte. Die Erkenntnis des Wesens der Unmittelbarkeit und der Unabdingbarkeit der Arbeitsnorm muß also schlechthin vorausgesetzt werden. Hier unterscheidet sich die Betriebsordnung nun wesentlich von der Arbeitsordnung, für die seinerzeit allmählich die Unmittelbarkeit, nicht aber die Unabdingbarkeit, anerkannt wurde. Mochte schon die der Betriebsordnung zugewiesene Aufgabe eines Ersatzes der nun endgültig aus dem Feld geschlagenen Werks- oder Firmentarife und deren Arbeitsnormenwirkung die Eigenschaft der Unabdingbarkeit für die Betriebsordnungsnorm selbstverständlich erscheinen lassen, so konnte darüber hinaus auch allgemein, wie ja im Schrifttum und Rechtsprechung nun anerkannt ist, der Betriebsordnung nach der ihr zufallenden Bedeutung diese wesentlichste Wirkung gar nicht versagt bleiben.

Arbeitsnormen der Tarifordnung und Arbeitsnormen der Betriebsordnung stehen danach im Rahmen der Normenwirkung für die Arbeitsbedingungen in den Einzelarbeitsverträgen nebeneinander, ohne daß allerdings im übrigen die wichtige Rangordnung, die die Norm der Tarifordnung den Normen der Betriebsordnung überordnet, preisgegeben ist. Mit dieser Normenstellung kommt danach den Normen der Betriebsordnung auch jede andere den Arbeitsnormen eingeräumte Vorzugsstellung zu: Die Normen der Betriebsordnung folgen den gleichen Auslegungsgrundsätzen wie die Normen der Tarifordnung. Sie sind wie diese im Revisionsgericht auslegungsfähig. Zwar kommt ihnen nicht der Charakter öffentlich-rechtlicher Normen zu, wie er für die Tarifordnungen anerkannt ist und damit nach einer neuerlichen Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts auch die Pflicht des Richters schafft, diese Norm zu kennen und im Streitfall anzuwenden, auch ohne daß eine Arbeitsprozeßpartei sich darauf beruft. Die Betriebsordnungen haben diesen öffentlich-rechtlichen Charakter nicht. Damit braucht aber ihre Normenwirkung in ihrem wissenschaftlichen, tarifrechtlichen Inhalt wie in ihrer praktischen Gestaltung und Handhabung nicht berührt zu sein. Die wesentlichen Tarifrechtsfragen, die man auch heute noch nicht als einmütig geklärt betrachten kann, wie die Frage der Nachwirkung oder der rückwirkend gesetzten Norm, haben auch für die Betriebsordnung grundsätzlich kein anderes Gesicht wie für die Tarifordnung. Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zum Verzicht auf einen in Tarifnormen geregelten Arbeitsverdienst ist sinngemäß auch auf die Normen der Betriebsordnung zu übertragen; denn dies folgt eben aus deren Unabdingbarkeit. Auch in Betriebsordnungen können mit unmittelbarer und unabdingbarer Wirkung sog. Verwirkungsklauseln aufgenommen werden, und es ist anerkannt, daß die Abkürzung einer gesetzlichen Verjährungsfrist und die Festsetzung einer Verwirkungsklausel in einer Betriebsordnung mit keiner zwingenden Gesetzesvorschrift im Widerspruch steht, andererseits aber bei schweigender Tarifordnung hier auch deren Unabdingbarkeit nicht im Wege steht, um in der Festsetzung der Verwirkungsklausel eine den Anspruch inhaltlich nicht berührende Befristung seiner Geltendmachung zu sehen. Das wichtige Gebiet der Arbeitsnormenkonkurrenz, in dem früher konkurrierende Verbandstarifverträge und Werks- oder Tarifverträge manches Kopfzerbrechen machten, hat für die Norm der Betriebsordnung im Verhältnis zu den Tarifordnungen keine Bedeutung mehr, weil diese Frage durch die höhere Rangordnung der Tarifnormen gelöst ist; daß Betriebsordnungsnormen mit Betriebsordnungsnormen zusammentreffen und konkurrieren, sollte praktisch ausgeschlossen sein.

Betrachtet man unter diesen allgemeinen Gesichtspunkten die Rechtsprechung, so bestätigt sie die dargelegte Auffassung. Es seien hier nur besonders typische Urteile des RArbG. vom 11. Sept. 1935, RAG 140/35, v. 11. Nov. 1936, RAG 154/36 und v. 5. Sept. 1936, RAG 104/36 erwähnt. Zu letzterem Urteil wäre allerdings eine kritische Bemerkung zu machen, wie sie übrigens auch in der Besprechung von Herschel (JW. 1936, 3498) und von Nipperdey (Arbeitsrechtssammlung 28, 264) gegeben ist. Das RArbG. spricht in diesem Urteil aus, durch eine Betriebsordnung könnten bereits laufende Arbeitsverträge nicht verschlechtert werden, da günstigere Arbeitsbedingungen unberührt bleiben. Diese Auffassung widerspricht den aus dem Gesetz der Unabdingbarkeit und Unmittelbarkeit der Arbeitsnormen sich ergebenden Folgerungen, und es ist schwer verständlich, wie das RArbG. sich in dem erwähnten Urteil der Erörterung und Schlußfolgerung aus dieser Frage hat entziehen können.

Auf ein wichtiges Gebiet, das oben schon für die Bedeutung der Betriebsordnung im allgemeinen gestreift ist, mag für die Normenwirkung der Betriebsordnung nochmals hingewiesen sein: Die Betriebsordnungen haben zwar die früheren Werks- oder Firmentarife aufgenommen und aufgesogen. Ihre Arbeitszeitnormen haben aber, soweit Arbeitszeitverlängerung im Rahmen des § 8 ArbZO. in Frage kommt, nicht die gleiche Wirkung wie die Arbeitszeitnormen einer Tarifordnung. Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen der öffentlich-rechtlichen Normensetzung durch den Treuhänder der Arbeit und der grundsätzlich privatrechtlichen Normensetzung durch die Betriebsführer im Rahmen des ArbOG., woran auch durch das gesetzliche Mitwirkungsrecht des Treuhänders bei der Festsetzung von Betriebsordnungsnormen nichts geändert ist. Während also früher auch durch Werks- oder Firmentarife Arbeitszeitnormen festgelegt werden konnten, die eine Verlängerung der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit in Abänderung der gesetzlichen Arbeitszeitnormen zuließen, ist für Betriebsordnungen dieses Recht nach § 8 ArbZO. versagt geblieben, und nur die wesensverwandten Dienstordnungen im Rahmen des AoGöV. sind hier den Tarifordnungen gleichgestellt. Dadurch sind mit Ablauf der Werks- oder Firmentarife zum 1. Okt. 1934 manche Unebenheiten entstanden, die in der Praxis des einzelnen aus früherer Zeit an Werktarife gewöhnten Betriebs offenbar noch nicht durchweg abgeschliffen sind. Es darf hierzu im einzelnen auf die Ausführungen bei Erdmann-Meißinger, Arbeitszeitordnung, 5. Auflage, S. 228 ff., verwiesen werden. Vielleicht wäre, auch zur Entlastung der den Gewerbeaufsichtsbehörden nach § 9 ArbZO. zugewiesenen Aufgabe, eine Gesetzesregelung zu erwägen, die den Arbeitszeitnormen in einer Betriebsordnung, soweit diese nicht nur den Treuhändern der Arbeit und den zuständigen Stellen der deutschen Arbeitsfront vorgelegt, sondern unter ausdrücklicher Anordnung und Genehmigung des Treuhänders der Arbeit erlassen sind, eine weitergehende Wirkung im Rahmen der §§ 4 u. 8 ArbZO. einräumt, eine Frage allerdings, die nicht nur das Arbeitsrecht, sondern auch die Sozialpolitik zu beschäftigen hätte.

# Die Reichsangestelltentarifordnung

Von Regierungsrat Dr. jur. habil. Gerhard Wacke, Breslau

## I.

Zweck dieser Abhandlung ist es, eine arbeitsrechtliche Rechtsquelle zu schildern, die das stiefmütterliche Dasein, das sie im öffentlichen Bewußtsein und in dem bisherigen Schrifttum führt, nicht verdient. Es handelt sich um unsere wichtigste Tarifordnung, die Tarifordnung für die Angestellten des Reiches. Diese Reichsangestelltentarifordnung ist so bedeutsam, weil der Kreis der Angestellten, für die sie gilt, besonders groß ist, dann aber auch, weil sie die im öffentlichen Interesse besonders wertvollen Arbeiten im Dienste des Reiches ordnet, und endlich, weil sie eine ungewöhnliche wissenschaftliche Bedeutung und Ergiebigkeit besitzt.

Die tarifliche Gebundenheit der öffentlichen Arbeitnehmer war vor dem Weltkriege besonders gering, weil die öffentlichen Verwaltungen Angehörige der Gewerkschaften grundsätzlich nicht einstellten. Auf Grund der mit den ersten Tarifverträgen vom Jahre 1920 gemachten Erfahrungen entstand dann der Reichsangestelltentarifvertrag v. 2. Mai 1924[1]) und für die preußischen Staatsangestellten der preußische Angestelltentarifvertrag v. 30. Juni 1924[2]). Beide Verträge stimmen fast durchweg wörtlich überein. Sie sind seit 1924 in Kraft, zeichnen sich also durch eine verhältnismäßig große Stetigkeit aus. Die Abänderungen, die vor dem Umbruch durch Schiedssprüche oder Zusatzabkommen und später durch einige Anordnungen des Sondertreuhänders der Arbeit getroffen worden sind, haben den grundlegenden Aufbau der beiden Vertragswerke unberührt gelassen.

Wie alle anderen Tarifverträge, so sind auch diese beiden im Jahre 1934 als Tarifordnungen aufrechterhalten worden. Gleich allen Tarifordnungen tragen sie daher heute den Charakter einer Rechtsverordnung. Durch § 18 Abs. 2 ArbOG. in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934 (RGBl. I, 220) ist der Sondertreuhänder für den öffentlichen Dienst ermächtigt, solche Tarifordnungen zu erlassen oder die bestehenden abzuändern. Die früheren obligatorischen Bestimmungen des Tarifvertrages sind jetzt zum Teil gegenstandslos geworden; die übrigen Vorschriften haben dagegen die stärkere Natur einer unmittelbar wirkenden Rechtsverordnung erlangt, zu deren Schaffung der Sondertreuhänder ermächtigt ist. Aber auch ihre tatsächliche Bedeutung für das öffentliche Leben ist unverändert geblieben: die Angestellten im öffentlichen Dienst bilden nach wie vor einen unentbehrlichen Teil des amtlichen Personalkörpers.

Zwar waren Anfang 1933 vielfach Unklarheiten darüber vorhanden, wie sich die Regierung zur Beschäftigung von Angestellten im öffentlichen Dienst stellen würde. Die einen glaubten, es werde eine allmähliche Überführung der Beamten in das Angestelltenverhältnis stattfinden; zahlreicher waren die Stimmen, die ein Verschwinden der Angestelltenposten und ihre Umwandlung in Beamtenstellen voraussagten. Davon konnte aber im Ernst aus finanzwirtschaftlichen Gründen, die Popitz bereits in seinem Gutachten über den Finanzausgleich dargelegt hatte, keine Rede sein[3]). Es sollen hier nicht die verschiedenen Entwicklungsstufen seit 1933 geschildert werden; halten wir uns an den gegenwärtigen Rechtszustand: das Deutsche Beamtengesetz v. 26. Jan. 1937, § 148, sieht als dauernden Grundsatz unseres Staatsdienerrechtes vor, daß die Beschäftigung von Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst das primäre ist. Denn Stellen für Beamte dürfen nur eingerichtet werden, soweit obrigkeitliche Aufgaben wahrzunehmen sind, oder soweit die Aufgaben aus Gründen der Staatssicherheit nicht von Angestellten oder Arbeitern versehen werden dürfen (ferner bestehen Ausnahmen für die Unterbringung von Versorgungsanwärtern). Es gilt aber nicht als obrigkeitliche Aufgabe eine Tätigkeit, die sich ihrer Art nach von solchen des allgemeinen Wirtschaftslebens nicht unterscheidet, sowie Verrichtungen, die sich in mechanischen Hilfeleistungen, im Schreibdienst und in einfachen Büroarbeiten erschöpfen. Für alle diese Tätigkeiten müssen in Zukunft Angestellte verwendet werden. Diese bisher wenig beachtete Vorschrift des DBG. ist der personalpolitisch wichtigste Grundsatz des Gesetzes; denn im ganzen bisherigen Beamtenrecht gab es keine feste Abgrenzung dieser Art.

Behördenangestellte und Verwaltungsarbeiter sind also als besondere Gruppe der Staatsdiener im Dritten Reich anerkannt, wodurch die ihr Dienstverhältnis regelnden Tarifordnungen an öffentlicher Bedeutung gewonnen haben. Die Reichsangestelltentarifordnung besitzt unter allen diesen Tarifordnungen das weitaus größte Gewicht. Abgesehen davon, daß ihr unmittelbarer Geltungsbereich besonders groß, auch die preußische Angestelltentarifordnung wörtlich gleichlautend ist, nehmen zahlreiche Tarifordnungen anderer öffentlicher Körperschaften auf sie Bezug, ohne eine selbständige Regelung zu treffen. Für eine große Zahl weiterer Angestellten gilt die Tarifordnung kraft besonderer Vereinbarung im Anstellungsvertrag; endlich sind die übrigen Tarifordnungen des öffentlichen Dienstes meist nach den Grundsätzen der Reichsangestelltentarifordnung aufgebaut; sie wiederholen deren Regelung, insbesondere ist die Besoldung entsprechend gestaltet. Es besteht daher ein im großen und ganzen inhaltsgleiches, wenn auch auf verschiedenen Rechtsquellen beruhendes Recht, d. h. ein „allgemeines“ Dienstrecht der Behördenangestellten mit dem Inhalt der Reichsangestelltentarifordnung. Dieser Tarifordnung selbst, die als Rechtsverordnung ein so bedeutendes Gebiet regelt, muß man daher den Rang eines großen Verwaltungsgesetzes zuerkennen.

## II.

Sehen wir uns den Geltungsbereich dieser Reichsangestelltentarifordnung etwas näher an. Sie gilt für alle Angestellten, die bei Reichsbehörden und preußischen Staatsbehörden beschäftigt sind. Hier kommen Dienststellen aus dem Behördenbereich sämtlicher Ministerien einschließlich der Ministerien selbst in Betracht. Diese Dienststellen sind zum Teil in der Anlage der Tarifordnung aufgeführt. In der Tat gibt es ja kaum eine Behörde, in der neben Beamten nicht auch Angestellte beschäftigt wären. Zu den Reichsbehörden gehört auch die Reichspost mit allen ihren Amtsstellen. Dagegen gelten Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (z. B. die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte, die Reichsanstalt für Arbeitsvermittelung und Arbeitslosenversicherung mit ihren unteren Dienststellen) nicht als Behörden in diesem Sinne; sie besitzen eigene Tarifordnungen.

Die Reichsangestelltentarifordnung gilt ferner für Betriebe, die der Dienstaufsicht einer obersten Reichsbehörde unterstellt sind, selbst aber keine Rechtspersönlichkeit besitzen, so z. B. die Reichsdruckerei. Sind die Betriebe in Form einer Aktiengesellschaft organisiert, so besteht jedoch eine Dienstaufsicht der Staatsbehörde selbst dann nicht, wenn sich sämtliche Aktien der Gesellschaft in der Hand des Reiches befinden. Eine besondere Dienstaufsicht ist mit den Grundsätzen der handelsrechtlichen Organisation nicht vereinbar, wie das RArbG. in einer interessanten Entscheidung für das preußische Bernsteinwerk Palmnicken ausgeführt hat[4]). Natürlich kann aber die Tarifordnung in solchen Betrieben kraft besonderer Vereinbarung gelten.

Nach ausdrücklicher Vorschrift erstreckt sich die Tarifordnung auch auf die Deutsche Reichsbahn. Wenn auch die Reichsbahn in überwiegendem Maße Beamte und Ar-

[1]) Veröffentlicht im RBesBl. 1924, 113 ff.

[2]) Bekanntgegeben im PrBesBl. 1924 Sondernummer zu Nr. 53.

[3]) Johannes Popitz, „Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden“, 1932, S. 59.

[4]) RArbG. v. 9. Aug. 1929; BenshSamml. 6, 601.

beiter beschäftigt, so ist auch die Zahl der in diesem größten Industrieunternehmen der Welt beschäftigten Angestellten nicht unbeträchtlich. Endlich gilt die Reichsangestelltentarifordnung für die Reichsbank und ihre nachgeordneten Stellen.

Man nennt die im öffentlichen Dienst beschäftigten Angestellten gewöhnlich „Behördenangestellte". Es ist nach dieser Übersicht schon klar, daß die Bezeichnung weder sachlich gerechtfertigt noch sprachlich befriedigend ist. Der Angestellte beispielsweise eines Postamtes ist zwar bei einer Behörde tätig, ist aber nicht deren Arbeitnehmer, weil nicht die Behörde, sondern das Deutsche Reich sein Dienstherr ist. Das Reich hingegen ist keine Behörde. Indessen hat sich dieser Ausdruck noch mehr eingebürgert, wie die ebenfalls verwendeten Bezeichnungen Verwaltungsangestellter oder Staatsangestellter. Sie ist daher wohl noch am ehesten brauchbar und auch schon in die Gesetzessprache übergegangen[5]).

Leider weist diese Benennung aber nicht darauf hin, daß es sich hier oft um Angestellte handelt, die in Betrieben beschäftigt sind. Denn wenn auch die Angestellten gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen nur selten zu den Behördenangestellten zu rechnen sind, so wäre es doch irrig, zu glauben, daß diese Arbeitnehmer sich nur an den Stellen fänden, die man gewöhnlich mit dem Worte „Behörde" bezeichnet. Für den Begriff der im öffentlichen Dienst beschäftigten Angestellten ist nichts weiter Voraussetzung, als daß der Angestellte im Dienste einer Körperschaft des öffentlichen Rechts steht. Aus diesem Grunde gehören zum Geltungsbereich der Reichsangestelltentarifordnung auch die in Betrieben oder kaufmännischen Unternehmungen öffentlicher Körperschaften tätigen Angestellten. Denn schon Reichsbahn, Reichspost, Reichsbank, Reichsdruckerei sind solche Betriebe; hierher rechnen aber auch andere Verkehrsunternehmungen zu Lande, zu Wasser und in der Luft, städtische Versorgungsbetriebe, Schlachthöfe, Krankenanstalten, Irrenanstalten, Banken, Sparkassen, Theater, endlich auch reine Erwerbsunternehmungen wie Bergwerke, Hotels, Brauereien usw.

Aus dieser Mannigfaltigkeit ergibt sich, daß die berufliche Gliederung der Behördenangestellten bedeutend vielseitiger ist, als gemeinhin angenommen wird. Sie finden sich nämlich in allen Berufsgruppen, die nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen überhaupt für die Tätigkeit eines Angestellten in Betracht kommen. Nicht die Berufszugehörigkeit ist also ein Kennzeichen dafür, daß ein Arbeitnehmer Behördenangestellter ist. Vielmehr beruht die Eigenschaft, die allein eine besondere rechtliche Behandlung ihres Dienstrechtes begründet, nur darin, daß Dienstherren hier öffentliche Körperschaften sind, die durch die Reichsangestelltentarifordnung und durch andere Bestimmungen die Rechtsstellung der Angestellten in einer Weise gestaltet haben, die große Besonderheiten aufweist.

Die zahlenmäßig stärkste Berufsgruppe nehmen die sogenannten Büroangestellten ein. Hierher gehören die Angestellten im Büro-, Registratur-, Kassen-, Buchhalterei- und Kanzleidienst, die die Tarifordnung ausführlich aufzählt; ferner Angestellte in Büchereien und Archiven, Geldzähler, Posthelfer, Stenographen, Kanzleivorsteher, Lektoren beim Auswärtigen Amt, Reichsinnenministerium und Reichswehrministerium, Dolmetscher, Übersetzer, Angestellte im Pressedienst, Chiffrierdienst und Kurierdienst des Auswärtigen Amtes. Auch für kaufmännische Angestellte gilt die Reichsangestelltentarifordnung, sofern der Angestellte in einem Handelsgewerbe i. S. der §§ 1, 2 HGB. beschäftigt wird, z. B. der Reichsbank, der Preußischen Staatsbank, staatlicher Badeverwaltungen, der preußischen Porzellanmanufaktur. Die Tarifordnung zählt kaufmännische Hilfsarbeiter, kaufmännische Sachverständige beim Reichsamt für Landesaufnahme ausdrücklich auf. Auch die Zahl der gewerblichen und technischen Angestellten, die nach dieser Tarifordnung beschäftigt werden, ist beträchtlich. Man kann die zahlreichen Gruppen dieser sogenannten Behördentechniker nicht alle nennen, die Bau- und Vermessungstechniker, Konstrukteure, Maschinisten, Telegraphisten, Lithographen, Kartographen, Landmesser; oder aus dem Bereich des Reichswehrministeriums die Hundedressurlehrer, Brieftaubendressurmeister, Drogisten, Kindergärtnerinnen, Werftschwestern, Sportlehrer oder vielleicht aus dem Bereich des Reichsverkehrsministeriums die Taucheraufseher, Hilfsschiffsführer, Hilfsbaggerführer, Funkangestellte, die Führer der Hochseefährschiffe. Endlich gibt es auch landwirtschaftliche und forstwirtschaftliche Angestellte im öffentlichen Dienst auf den Staatsdomänen, auf städtischen Gütern und Forsten.

Aus diesen Darlegungen geht auch schon hervor, daß die gesellschaftliche Gliederung der Angestelltengruppen sehr mannigfaltig ist. Es wäre falsch, unter den Angestellten der Reichstarifordnung nur einfache Kräfte der unteren Vergütungsgruppen zu vermuten; es werden auch viele Personen mit besonderer Vorbildung, etwa technischer Mittelschulbildung, als Angestellte angenommen. Es gibt aber auch zahlreiche Behördenangestellte mit akademischer Vorbildung in allen Berufsgruppen (z. B. Ärzte, Geistliche an Strafanstalten, juristische und andere wissenschaftliche Hilfsarbeiter, Ingenieure, Architekten, Chemiker). Abgesehen davon, daß in den bestbezahlten Stellen der Kommunalverwaltungen als Betriebsdirektoren Angestellte verwendet werden, treffen wir sie auch in den reinen Hoheitsverwaltungen in sehr angesehenen Stellungen oder als Leiter selbständiger Ämter, etwa als Arbeitsamtsdirektoren. In der Reichstarifordnung finden wir die Angestellten als diplomatische Kuriere des Auswärtigen Amtes, im Reichswehrministerium als Referenten für Handelsschiffs- und Seetransportangelegenheiten bei der Marineleitung, in anderen Ministerien als Gruppen-, Sektions- und Abteilungsleiter, also in Stellen, die denjenigen der Ministerialräte oder -dirigenten entsprechen.

## III.

Ist bisher vielleicht ein Eindruck von der Mannigfaltigkeit und Bedeutung der nach der Reichstarifordnung beschäftigten Angestellten entstanden, so soll uns noch ein Blick auf den materiellen Inhalt ihrer dienstrechtlichen Normen beschäftigen. Dabei interessiert uns jedoch die Lage ihrer Vermögensrechte nur verhältnismäßig wenig. Natürlich ist es schon auffällig, daß die Vergütungsgruppen der Reichsangestelltentarifordnung genau der Einteilung der zur Zeit der Entstehung der Tarifordnung geltenden Beamtengesetze entsprechen: sie tragen die Bezeichnungen III bis XIII wie die früheren Beamtengesetze vom Jahre 1920. Es ist daher leicht, Beamten- und Angestelltentätigkeiten miteinander zu vergleichen, indem man von den Besoldungsgesetzen des Jahres 1920 aus die für die Beamten jetzt geltende Gruppe durch die dem RBesoldG. beigegebene Überleitungsübersicht[6]) ermittelt.

Für eine arbeitsrechtliche Betrachtung aufschlußreicher sind dagegen die den personenrechtlichen Gehalt des Dienstverhältnisses betreffenden Umstände. Da ist zunächst bemerkenswert, daß § 4 des Reichsangestelltentarifvertrages vorschrieb, daß jeder Angestellte zu vereidigen ist. Wer das zum erstenmal erfährt, wird überrascht sein, und sich die Frage vorlegen, wo denn sonst Angestellte vereidet werden. Man hat es demzufolge für zweifelhaft gehalten, ob ein solcher Eid mit der privatrechtlichen Natur des Dienstverhältnisses überhaupt vereinbar sei[7]). Von anderer Seite ist die Beeidigung der Angestellten als unwirksam bezeichnet worden[8]).

Dies traf jedoch nicht den Kern der Sache. Freilich hat die Vereidigung eines Angestellten keine eigentlich staatsrechtlichen Folgen. Sie begründet nicht die Beamteneigenschaft, wie die Ausführungsbestimmung zu § 4 Abs. 2 des Tarifvertrages klarstellt. Wenn also auch sicher ist, daß die Vereidigung der Angestellten ihre Tätigkeit im öffentlichen Dienst besonders augenfällig kennzeichnete, so ließ sie doch die arbeitsrechtliche Grundlage des Dienstverhältnisses unberührt. Aber auch strafrechtliche Folgen hatte sie nicht. Es gibt

[5]) Z. B. § 9 Abs. 2 VO. des RJM. über das Verfahren in Gnadensachen (Gnadenordnung) v. 6. Febr. 1935, DJ. 1935, 203.

[6]) RGBl. 1927, 394.

[7]) Köttgen, „Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie", 1928, S. 151 Anm. 2.

[8]) Friedrichs: Ztschr. für Beamtenrecht 2, 271.

keine besonderen Normen, die dem vereideten Angestellten einen höheren strafrechtlichen Schutz zusichern oder ihm eine größere strafrechtliche Verantwortung aufbürden. Hierfür gilt nämlich die besondere VO. gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen v. 3. Mai 1917 (RGBl. 393), auf die die Angestellten außerdem durch Handschlag verpflichtet werden. Die Angestellten können zwar Beamte im Sinne des Strafrechts sein, das ist jedoch von der Beeidigung unabhängig.

Immerhin war der auf die Verfassung zu leistende Angestellteneid nicht mehr angebracht. Auch schien es zweckmäßig, die Beeidigung allein den Beamten vorzubehalten. Daher hat eine Verfügung des Sondertreuhänders für den öffentlichen Dienst v. 22. Nov. 1935 den § 4 der Reichsangestelltentarifordnung in der Weise abgeändert, daß die Angestellten jetzt durch Handschlag ein feierliches Gelöbnis ablegen, dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes treu und gehorsam zu sein und ihre Dienstobliegenheiten gewissenhaft und uneigennützig zu erfüllen. Diese Formel ist ganz der Eidesformel der Beamten angepaßt.

So bleibt kein Zweifel mehr übrig: der frühere Eid wie das jetzige Gelöbnis sind eine rein ideelle Angelegenheit. Sie haben die Natur eines feierlichen Treueversprechens. Das Gelöbnis soll größte Gewähr für eine gewissenhafte Pflichterfüllung bieten. Es ist ein Kennzeichen für die Würdigkeit, im öffentlichen Dienst als Angestellter beschäftigt zu werden. Hier wird ganz augenscheinlich, daß ein Arbeitsverhältnis nicht auf vermögensrechtliche Fragen beschränkt ist. Denn das Gelöbnis an den Führer kann nur die Bedeutung haben, daß eine innere Bindung an den Dienstherrn erfolgt. Der Angestellte verbindet sich auf Gedeih und Verderb mit dem Schicksal seines Herrn. Der personenrechtliche Gehalt des Dienstverhältnisses ist damit ganz offenbar geworden. Besonders auffällig und bezeichnend aber ist es, daß die erste Form des Treueversprechens, der Eid, geschaffen werden konnte in einem Tarifvertrage, der noch mit den Gewerkschaften vereinbart wurde: ein Kennzeichen dafür, wie stark die Lebensnotwendigkeiten des öffentlichen Dienstes selbst in jener Zeit wirkten, die das Arbeitsverhältnis unter dem Gesichtspunkt der materialistischen Geschichtsauffassung betrachtete.

Die Treuepflicht des nach der Reichstarifordnung beschäftigten Angestellten entspricht daher im wesentlichen der Treuepflicht der Beamten. Zwar enthält die Tarifordnung keine ausdrückliche Bestimmung darüber. Aber das Gelöbnis kann kaum eine andere Bedeutung haben, als daß der Angestellte damit als Inhalt seines Dienstvertrages dieselben Treuepflichten übernimmt, wie sie dem Beamten auf Grund des Beamtenverhältnisses obliegen und in dem Diensteid ihren sinnfälligen Ausdruck finden[9]). Dies gilt natürlich vor allem für die politische Gesinnung des Angestellten. Nach der Reichstarifordnung kann nur beschäftigt werden, wer die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat eintritt. Bezeichnend dafür ist auch, daß bereits das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 auf Angestellte und Arbeiter öffentlicher Körperschaften sinngemäß Anwendung fand. Ein Bruch des Gelöbnisses stellt demnach einen wichtigen Kündigungsgrund dar.

Ähnlich steht es mit der Gehorsamspflicht der nach der Reichstarifordnung tätigen Kräfte. Gemäß § 13 hat der Angestellte „den dienstlichen Anordnungen seiner Vorgesetzten oder deren Vertreter nachzukommen. Soweit der Angestellte in Vollzug einer dienstlichen Anordnung seiner Vorgesetzten handelt, trifft die dienstliche Verantwortung den anordnenden Vorgesetzten". Man kann diese dienstlichen Anordnungen arbeitsrechtlich sicherlich als die Ausübung des bekannten „Direktionsrechtes" des Arbeitgebers auffassen. Aber mit dieser Beurteilung würde man die Sachlage keineswegs erschöpfen. Denn wenn § 13 die Gehorsamspflicht so umschreibt, so ist das derselbe Sprachgebrauch, mit dem gewöhnlich die Gehorsamspflicht der Beamten umschrieben wird[10]). Man kann nicht annehmen, daß diese gleiche Ausdrucksweise einen verschiedenen sachlichen Inhalt hat. Tonart und Fassung des § 13 gleichen der Fassung eines Beamtengesetzes („Vorgesetzter", „dienstlichen Anordnungen", „hat nachzukommen"). Es liegt hier demnach eine sogenannte mittelbare Verweisung auf das Beamtenrecht[11]) vor; es ist eine arbeitsrechtliche Gehorsamspflicht begründet, die den gleichen Inhalt mit der Gehorsamspflicht der Beamten besitzt. Die Bedeutung dieses Vorganges liegt darin, daß hiermit ein einheitlicher Personalkörper geschaffen wird: die Verwaltung braucht den Angestellten nicht anders anzufassen als den Beamten; alle Dienstanweisungen und Dienstvorschriften können für das gesamte Personal in gleicher Weise getroffen werden, obwohl die Anstellung auf verschiedenen Rechtsgründen beruht.

Die Regelung anderer personenrechtlicher Umstände steht mit diesen Betrachtungen in Einklang. So sagt § 15 für die Dienstverschwiegenheit, der Angestellte müsse über die ihm vermöge seiner dienstlichen Tätigkeit bekanntgewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinen Vorgesetzten vorgeschrieben sei, Verschwiegenheit beobachten. Dies ist wörtlich dieselbe Vorschrift wie in § 11 des alten RBG., oder jetzt in § 8 DBG.; auch hier liegt wieder eine mittelbare Verweisung auf das Beamtenrecht vor. Der gleiche Wortlaut kann kaum einen verschiedenen Inhalt besitzen, mag auch das Dienstverhältnis des Angestellten eine arbeitsrechtliche Grundlage haben.

Gleiches lehren die Dienstbezeichnungen der nach der Reichstarifordnung beschäftigten Angestellten. Aus ihr und aus anderen Tarifordnungen für Behördenangestellte ergibt sich, daß die Dienstbezeichnung des Angestellten dazu bestimmt ist, das Dienstverhältnis bei einer Behörde und die Dienststellung im Verhältnis zu den Mitarbeitern zu kennzeichnen. Die Dienstbezeichnung soll bei gehobenen Angestellten zugleich die gehobene Stellung, eine gewisse Überordnung und Würde der Dienststellung zum Ausdruck bringen. Als Beispiele mögen etwa folgende Benennungsreihen dienen: Gärtner — Obergärtner — Gartenmeister; Maschinist — Obermaschinist — Maschinenmeister — Obermaschinenmeister — Maschineninspektor. Die Dienstbezeichnungen sollen also auch den Dienstrang des Angestellten angeben, ein personenrechtlicher Umstand, den wir sonst meist nur bei Beamten gewöhnt sind. Es kommen sogar eigentliche Amtsbezeichnungen vor, also Benennungen, die auf die Bekleidung eines öffentlichen Amtes hinweisen, so z. B. nach der preußischen Tarifordnung die Titel Forstkassenverwalter, Rentamtsverwalter, Direktoren verschiedener Amtsstellen (Vergütungsgruppe X). Endlich finden wir eine völlige Übereinstimmung der Titel in der Tarifordnung mit den Titeln im Beamtengesetz, so etwa in der preußischen Tarifordnung die Benennungen Eichmeister — Obereichmeister — Eichungsinspektor[12]). Die Dienstbezeichnung läßt daher manchmal keinen Schluß mehr darauf zu, ob der Träger Beamter oder Arbeitnehmer ist.

Damit mag dieser kurze Überblick beendet werden. Es konnte wohl gezeigt werden, daß diese große Angestelltentarifordnung, die für mehrere hunderttausend Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gilt, von besonderer arbeitsrechtlicher Bedeutung ist. Ihr vielseitiger beruflicher Geltungsbereich, ihre weite gesellschaftliche Ausdehnung, ihr besonders ergiebiger personenrechtlicher Gehalt hinsichtlich des Gelöbnisses, der Treuepflicht, der Gehorsamspflicht, der Dienstverschwiegenheit, des Dienstranges zeigen, wie die wirklichen Werte dienstlicher Arbeit, wie Treue, Disziplin und Hingabe des Arbeitsverhältnisses, beschaffen sein sollen, wie sehr auch ein Arbeitsverhältnis sich in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung einem Beamtenverhältnis annähern kann.

---

[9]) So für den Angestellteneid Möller: VerwArch. 37, 166; a. A. Giese: „Beamtenjahrbuch" 1929, 510.

[10]) Brand, „Das Beamtenrecht", 3. Aufl. 1928, S. 545; ferner bei Brauchitsch, „Verwaltungsgesetze für Preußen", Bd. 8, 1930, S. 120.

[11]) Wacke, „Dienstrecht der Behördenangestellten", 1933, S. 37, 40, 128.

[12]) Weitere Beispiele VerwArch. 36, 473 ff.

# Das Einzelhandelsschutzgesetz und die Ausdehnung des Verkaufs auf eine „artfremde Ware"

Von Assessor Walter Haars, Hamburg

Das Einzelhandelsschutzgesetz (EHG.) scheint mit den anderen sog. gewerberechtlichen Nebengesetzen gemein zu haben, daß es lediglich wegen der ihm beigegebenen Strafbestimmung ganz gelegentlich in den Gesichtskreis der Staatsanwaltschaften und Strafgerichte tritt, daß ihm aber im übrigen weder von seiten der Richter noch insbesondere von den Rechtsanwälten das gebotene Interesse entgegengebracht wird. Dies ist um so mehr zu bedauern, weil das EHG. nicht nur für jeden am Wirtschaftsleben Beteiligten — alle Stufen vom Erzeuger zum Verbraucher eingeschlossen — seine Wirkungen äußert, sondern weil vor allem diese Gesetzesmaterie in ihrer praktischen Anwendung allzusehr in den Bereich einer zweckbestimmten und damit notwendig einseitigen Betrachtungs- und Anwendungsweise gelangt ist. Der Sinn dieser Zeilen soll es daher zunächst auch nur sein, ein besonders markantes Kapitel aus der bisherigen Praxis des Vollzugs des EHG. herauszugreifen, da gerade die Frage der Ausdehnung des Verkaufs auf eine „völlig artfremde Ware" geeignet erscheint, in rechtlicher Beziehung zum grundsätzlichen Verständnis des EHG. und seiner Tragweite beizutragen bzw. zur näheren Beschäftigung mit diesem Gesetz anzuregen, das eben trotz seiner schon mehrjährigen Geltung in den juristischen Fachkreisen — vielleicht abgesehen von Verwaltungsjuristen und Handelskammersyndizis — bisher so vollkommen übersehen wurde, daß es nicht einen einzigen Kommentar zum EHG. gibt. Daß das Buch „Das Einzelhandelsschutzgesetz" von Heinig (vgl. die Besprechung durch OVGR. Dr. Frege, Berlin: JW. 1937, 22) nicht hierher gezählt werden kann, betont dessen Verfasser selbst, ergibt sich aber im übrigen auch aus den im Text folgenden Bezugnahmen auf Auslassungen von Heinig.

Um gleich mit Heinig anzufangen: der Grundsatz der Gewerbefreiheit gilt nach wie vor (S. 16), Zunftwesen und -verfassung sind auch für ihn überholte Begriffe, die sog. „Branchenbereinigung", d. h. die Rückkehr zu zunftmäßigen Abgrenzungen zwischen den verschiedenen Geschäftszweigen des Einzelhandels, „scheidet für das Einzelhandelsschutzgesetz aus" (S. 116). Dennoch wird aber entgegen den klar erkannten Grenzen des Gesetzes im Interesse eben der „Branchenbereinigung" und sogar unter ausdrücklicher Verweisung auf den betreffenden Abschnitt (s. S. 36: „vgl. hierzu unten unter Branchenbereinigung usw.") schlankweg behauptet: „Mithin ist die Änderung und Erweiterung bloß des Warensortimentes nicht unter dem Gesichtspunkt der — ergänze: räumlichen, bis zur 25-qm-Grenze nach Maßgabe des § 2 Abs. 2 EHG. ohne weiteres zulässigen (der Verf.) — Geschäftserweiterung zu erfassen und als genehmigungspflichtig anzusehen." Die Begründung hierfür lautet, wie gesagt, ebenso kurz wie miß- oder auch unmißverständlich: „vgl. hierzu unten unter Branchenbereinigung usw."

Gegenüber einer solchermaßen entwickelten Rechtsansicht braucht hier, um das grundsätzlich Bedeutsame der Angelegenheit nachdrücklichst zu unterstreichen, zunächst nur daran erinnert zu werden, daß z. B. das Kartellgericht stets ganz konsequent daran festgehalten hat, daß es nicht angängig ist, die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dadurch einzuschränken, daß in irgendwelchen Kartellbestimmungen ein Begriff des „Fachhandels" od. dgl. etwa dahin normiert wird, daß der Umsatz in dem betreffenden Artikel ein ausschließlicher oder doch überwiegender sein müsse und daß nur unter solchen Voraussetzungen die Händlereigenschaft anerkannt werde. Derartigen Bestrebungen auf „Branchenbereinigung" tritt das Kartellgericht allemal entgegen, indem es sich auf das allgemeine Kriterium beschränkt, ob jemand willens und in der Lage ist, sich in der streitigen Branche zu betätigen. Gegenüber den Begriffsmerkmalen „willens und in der Lage" ist selbstverständlich für zunftmäßige Voraussetzungen, wie den Nachweis eines Mindestumsatzes oder gar eines Mindestprozentsatzes des Gesamtumsatzes im Sinne eines entsprechend bestimmten „Fachhandels" oder „Fachgeschäftes" kein Raum; was zugleich bedeutet, daß auch das oberste Wirtschaftsgericht den Gedanken einer „Branchenbereinigung" durchaus ablehnt.

Es wäre nun gewiß überaus auffällig, wenn das geltende Recht und insbesondere die Spruchpraxis des Kartellgerichts dem Fabrikanten, Groß- oder Kleinhändler aus den allgemeinen Prinzipien des geltenden Gewerberechts, kurz gesagt: das Recht zur Ablehnung irgendwelcher Branchenbereinigungsbestrebungen und damit des Eindringens in die fremde Branche gewähren wollte, während sich der Inhaber einer offenen Verkaufsstelle, also der Einzelhändler, andererseits nach der angegebenen Ansicht von Heinig durch das EHG. bereits auf die Branchenbereinigung festgelegt sehen soll. Gegenüber einem solchen Widerspruch greift der Rechtskundige dann aber zum Gesetz, weil er sich nur von ihm eine klare Auskunft über die behauptete Sonderstellung des Einzelhändlers erwarten darf. Was besagen nun aber die Bestimmungen des EHG. hierzu?

Dem EHG. vom 12. Mai 1933 sind Ausdrücke wie „Branchenbereinigung", „artfremde Waren", „völlig artfremd" usw. völlig fremd. Als der neue Gesetzgeber das EHG. vom 12. Mai 1933 — zunächst als ein reines Sperrgesetz — erließ, trug er der seit langem bestehenden starken Übersetzung des Lebensmitteleinzelhandels dadurch Rechnung, daß er in § 3 Ziff. 5 „die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmittel in Verkaufsstellen, in denen ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden", der „Errichtung" gleichstellte. Da nach § 2 Abs. 1 EHG. die Errichtung neuer Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden, verboten bzw. nach Maßgabe des § 5 EHG. genehmigungspflichtig ist, hat man es bei § 3 Ziff. 5 mit einem Analogiefall zu tun, der kraft ausdrücklicher Bestimmung eben genau wie die Errichtung behandelt werden soll (weshalb übrigens auch unbedenklich von einer Fiktion, einer „fingierten Errichtung" gesprochen werden könnte).

Was hieraus für die rechtliche Beurteilung der Ausdehnung des Verkaufs auf Waren, die nicht Lebens- und Genußmittel sind, folgt, hat der zuständige Referent des Reichswirtschaftsministeriums, ORegR. Dr. Elmar Michel, in seinen Ausführungen zum EHG.: R.- u.PrVerwBl. 1933, 447 folgendermaßen festgehalten:

> „Durch Umkehrschluß ergibt sich aus dieser Vorschrift zunächst, daß in allen anderen Fällen die Ausdehnung des Warensortiments, auch soweit es sich um Waren anderer Branchen handelt, zulässig ist, sofern nicht gleichzeitig ein Wechsel des Besitzers oder eine Änderung der Betriebsart damit verbunden ist. Da der Inhaber einer Verkaufsstelle auch die Branche des Geschäfts wechseln kann, ist es nur folgerichtig, wenn ihm auch die weniger weitgehende Ausdehnung des Warensortiments auf weitere Warengattungen gestattet bleibt."

Von dieser doch gewiß ganz authentischen Auslegung des § 3 Ziff. 5 EHG. abzugehen, besteht um so weniger Veranlassung, als noch rund 1½ Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes durch die Novelle vom 13. Dez. 1934 dem § 3 eine neue Ziff. 6 angefügt worden ist, die in wortwörtlicher Anlehnung an die Ausdrucksweise der Ziff. 5 die Ausdehnung

des Verkaufs auf Arzneimittel als weiteren „Analogiefall“ behandelt wissen will. Wenn der von Dr. Michel gezogene und allein mögliche Umkehrschluß überhaupt noch einer Bekräftigung und nachdrücklichen Unterstreichung bedurfte, dann ist dies durch den Erlaß der erwähnten Novelle geschehen. Da sie am 1. Jan. 1935 in Kraft getreten ist, wird insbesondere niemand daran zweifeln, daß bis zu diesem Tage die Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel unabhängig davon erlaubt war, ob dieses rechtliche Ergebnis nunmehr unmittelbar aus der Ziff. 6 gewonnen wird oder früher durch Umkehrschluß aus der Ziff. 5 abgeleitet werden konnte. Beide Male handelt es sich eben dank des ebenso klaren wie jedermann verständlichen Wortlauts der Ziff. 5 und 6 um eine völlig eindeutige Rechtslage.

Da neben die Ziff. 5 und 6 des § 3 EHG. bis heute keine neuen Analogiefälle gestellt sind — ob das EHG. die von Heinig im Vorwort angekündigte Erweiterung früher oder später erfährt, interessiert de lege lata nicht —, muß nunmehr also festgestellt werden, daß die Ausdehnung des Verkaufs auf Waren, die nicht Lebens-, Genuß- oder Arzneimittel sind, nach dem EHG. ohne weiteres zulässig ist.

Dies ist denn auch der Standpunkt aller bisher bekannt gewordenen Entscheidungen der verschiedenen Gerichte, die sich, kurz gesagt, mit der „Ausdehnung des Verkaufs“ zu befassen hatten. Ein Eingehen auf diese Urteile setzt allerdings nunmehr die Erwähnung einiger Stellungnahmen des Reichswirtschaftsministeriums zum EHG. voraus, zumal insbesondere in dessen Runderlaß vom 10. Jan. 1936 (abgedruckt bei Heinig, S. 206 ff.) das Problem der „völlig artfremden Ware“ behandelt wird.

In dem Runderlaß des RWiM. vom 16. Dez. 1933 heißt es unter B I 8 wie folgt (Heinig S. 193):

„Ebenso ergibt sich aus der Bestimmung des § 3 Ziff. 5, daß eine Änderung des Warensortiments wie auch ein Wechsel der Branche grundsätzlich erlaubt geblieben ist. Verboten ist lediglich die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmittel in solchen Verkaufsstellen, in denen bisher ausschließlich oder überwiegend andere Waren (also keine Lebens- und Genußmittel) feilgehalten wurden. Der Begriff „Lebens- und Genußmittel“ ist hierbei, wie auch aus dem Wort „und“ zu entnehmen ist, als ein einheitlicher Begriff aufzufassen, der zwar alle Lebensmittel, aber nicht jedes Genußmittel schlechthin umfaßt. Da zum Beispiel Tabakwaren oder Drogen nicht hierunter fallen, ist demnach die Hinzunahme von Tabakwaren oder Drogen zu anderen Waren erlaubt, die Ausdehnung eines Tabakwarengeschäfts oder einer Drogerie auf „Lebens- und Genußmittel“ aber verboten.

Eine verschiedentlich geforderte weitergehende Beschränkung einer Änderung der Branche oder des Warensortiments erschien nicht nur wegen der Schwierigkeiten der technischen Durchführung, sondern auch wegen der aus einer allzu starren Regelung für jede weitere Entwicklung im Einzelhandel erwachsenden schweren Nachteile nicht ratsam. Für den Fall, daß mit dem Wechsel der Branche gleichzeitig ein Wechsel des Besitzers oder eine Änderung der Betriebsart verbunden werden sollten, gilt das unter Ziff. I 5 Gesagte.“

In genau entgegengesetztem Sinne behandelt der schon erwähnte Erlaß vom 10. Jan. 1936 die gleichen Fragen unter Ziff. II b, doch sei hier zum besseren Verständnis die ganze Ziff. II mitgeteilt (Heinig S. 208 f.):

„a) Wie ich festgestellt habe, sind verschiedentlich Genehmigungen auf Grund des § 5 des Gesetzes zum Schutze des Einzelhandels unter ausdrücklicher Beschränkung auf bestimmte Warengattungen oder bestimmte Waren mit der Maßgabe erteilt worden, daß die Genehmigung dann hinfällig sein soll, wenn andere Warengattungen oder andere Waren aufgenommen würden. Solche beschränkte Genehmigungen finden in der gegenwärtigen Fassung des Einzelhandelsschutzgesetzes keine gesetzliche Grundlage. Sie sind daher unzulässig, soweit nicht in § 3 Ziff. 5 und 6 des Gesetzes zum Schutze des Einzelhandels jetzt schon für Lebens- und Genußmittel sowie für Arzneimittel Sonderbestimmungen bestehen.

b) Dem Bedürfnis, daß in Verkaufsstellen nicht ohne jede Beschränkung neue Warengattungen aufgenommen werden sollen, kann dadurch Rechnung getragen werden, daß die Hinzunahme solcher Waren, die im Verhältnis zu den bisher in den Verkaufsstellen geführten Waren völlig artfremd sind und die in keinerlei innerem Zusammenhang mit den bisher geführten Waren stehen, als Neuerrichtung einer Verkaufsstelle, und zwar in räumlicher Verbindung mit einer schon vorhandenen Verkaufsstelle angesehen wird. So habe ich zum Beispiel eine Neuerrichtung infolge Fehlens des notwendigen inneren Zusammenhanges in einem Falle angenommen, in dem ein Schirmgeschäft den Vertrieb von Zigaretten aufgenommen hat. Dabei ist allerdings zu beachten, daß das Vorliegen des inneren Zusammenhanges zwischen verschiedenen Warengattungen an verschiedenen Orten durchaus verschieden beurteilt werden kann. So ist es zum Beispiel möglich, daß an einem Orte der Vertrieb von landwirtschaftlichen Maschinen mit dem Vertrieb von Düngemitteln und Kohlen verbunden werden kann, während an einem anderen Orte die Aufnahme des einen oder des anderen dieser Artikel als artfremd und deshalb als Neuerrichtung zu werten ist. Als Maßstab bei der Feststellung eines solchen inneren Zusammenhanges wird von der Beobachtung auszugehen sein, welche Waren das Publikum am einzelnen Orte im einzelnen Geschäft üblicherweise voraussetzt und erwartet. Im übrigen ist daran festzuhalten, daß eine Branchenbereinigung mit Hilfe des Einzelhandelsschutzgesetzes jedenfalls zur Zeit noch nicht möglich und demgemäß die Beschränkung der Genehmigung auf bestimmte Branchen auch nicht zulässig ist. (Die Worte in Sperrdruck sind bei Heinig vollständig verdruckt.)

c) Es ist ferner vorgekommen, daß in einer Verkaufsstelle einer bestimmten Branche neben den branchezugehörigen Waren wenige Waren einer anderen Warengattung geführt wurden und daß der Inhaber später dazu übergegangen ist, überwiegend oder gar ausschließlich die Ware dieses anderen Handelszweiges zu führen. Auch in einem solchen Falle, in welchem es zu einem völligen Branchenwechsel kommt, kann eine genehmigungspflichtige Neuerrichtung nur dann angenommen werden, wenn die Umstellung nicht im Zuge einer allmählichen, schrittweise vor sich gehenden Entwicklung, sondern plötzlich zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen wird.“

Die Frage, ob nicht zwischen a und c einerseits und b andererseits ein gewisser Widerspruch besteht, mag dahingestellt bleiben; auf jeden Fall bedeutet aber der Umstand, daß in b die Ausdehnung des Verkaufs auf eine im EHG. nicht erwähnte Ware, eben die „artfremde Ware“, der Neuerrichtung einer Verkaufsstelle, „und zwar in räumlicher Verbindung mit einer schon vorhandenen Verkaufsstelle“, gleichgesetzt wird, die Vermehrung der Analogiefälle des § 3 um eine imaginäre Ziff. 7. Da „artfremd“ ist, was nicht „im inneren Zusammenhang mit den bisher geführten Waren“ steht, beginnt dann hier also die Branchentrennung, d. h. eben die „Branchenbereinigung“.

Wer, wie Heinig, auf dem Standpunkt der Branchenbereinigung steht, wird diese Konstruktion des Erlasses vom 10. Jan. 1936 auch gar nicht anders verstehen und verstanden wissen wollen (vgl. z. B. S. 127); im übrigen fragt es sich doch aber sehr, ob Rechtsprechung und -findung nicht auf dem Boden des nun einmal geltenden Gesetzes bleiben müssen. Dem steht nicht entgegen, daß die Verwaltungsbehörden in Ministerialerlassen Anweisungen erhalten; nur bleibt es die Aufgabe der Straf- und der Verwaltungsgerichte, bei der Beurteilung des mit einer Straf- oder einer sonstigen polizeilichen Verfügung beantworteten Verkaufs „einer artfremden Ware“ selbständig darüber zu befinden, ob das Gesetz tatbestandsmäßig verletzt bzw. ob es von der Verwaltungsbehörde richtig angewendet worden ist.

Demgemäß hat dann auch das Bezirksverwaltungsgericht Allenstein in seinem Urteil vom 18. Febr. 1936 (A 1936) unter Berufung auf die Ansicht von Michel, den Runderlaß vom 16. Dez. 1933 und nicht zuletzt den klaren Wortlaut des § 3 Ziff. 5 und 6 EHG. ausgesprochen, „daß in allen anderen Fällen die Ausdehnung des Warensortiments, auch soweit es sich um Waren anderer Branchen handelt, nicht der Errichtung einer neuen Verkaufsstelle vom Gesetzgeber gleichgestellt wird und daher nicht der Genehmigung unterliegt". Das Urteil schließt:

„Der Hinweis auf den neueren Erlaß des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers vom 10. Jan. 1936, wonach die Hinzunahme solcher Waren, die im Verhältnis zu den bisher in den Verkaufsstellen geführten Waren völlig artfremd sind, und die in keinerlei innerem Zusammenhang mit den bisher geführten Waren stehen, als Neuerrichtung einer Verkaufsstelle, und zwar in räumlicher Verbindung mit einer schon vorhandenen Verkaufsstelle angesehen wird, konnte zu einer anderen Auffassung nicht führen. Denn das Gesetz macht die Unterscheidung zwischen völlig artfremden Waren, die in keinerlei innerem Zusammenhange mit den bisher geführten Waren stehen und anderen Waren nicht. Dieser Auslegung des Gesetzes kann nicht zugestimmt werden. Vielmehr ist an dem früheren Erlaß vom 16. Dez. 1933 festzuhalten. Es bedarf daher auch nicht der Prüfung, ob die neu aufgenommenen Artikel überhaupt völlig artfremd sind oder nicht, wie es weiter hiernach unerheblich ist, zu prüfen, wann diese Artikel aufgenommen worden sind.

Die polizeiliche Verfügung und der abweisende Beschwerdebescheid mußten daher aufgehoben werden."

(AVR. 1936, 152.)

Heinig bringt einen Hinweis auf dieses Urteil lediglich dergestalt, daß er den Bescheid des RWiM. an den Regierungspräsidenten in Allenstein vom 9. Sept. 1936 auf S. 128 ff. abdruckt. In diesem Bescheid heißt es nach einer zusammengefaßten Erwähnung der Ziff. IIb des Runderlasses vom 10. Jan. 1936:

„Ich habe hierbei nicht über den Rahmen des § 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes hinaus Tatbestände, die nicht Errichtungstatbestände sind (Analogietatbestände), der Errichtung i. S. des § 2 Abs. 1 des Einzelhandelsschutzgesetzes gleichgestellt, sondern dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechend und in Auslegung des Gesetzes dargetan, daß bei Neuaufnahme „artfremder Waren" in einer bestehenden Einzelhandelsverkaufsstelle eine Neuerrichtung einer Verkaufsstelle angenommen werden muß, diese Neuaufnahme also selbst Errichtungstatbestand ist.

Dieser Auffassung widerspricht nicht die Tatsache, daß scheinbar die Neuaufnahme gewisser Waren in § 3 Ziff. 5 und 6 des Einzelhandelsschutzgesetzes als Analogietatbestand behandelt wird. Denn die Ziff. 5 und 6 in § 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes sind auch dann anzuwenden, wenn die darin erwähnten Waren („Lebens- und Genußmittel" und „Arzneimittel") nicht „artfremde Waren" im Sinne meines Runderlasses vom 10. Jan. 1936 (V 26 152/35) sind. Die Ziff. 5 und 6 wurden nicht in Erfüllung des eigentlichen Zweckes des Gesetzes, sondern in Würdigung marktpolitischer und volksgesundheitlicher Forderungen in das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels aufgenommen.

Diese Auslegung des Gesetzes bedeutet keine neue gesetzliche Regelung, die etwa erst mit meinem Runderlaß vom 10. Jan. 1936 (V 26 152/35) in Kraft getreten ist. Sie wird vielmehr dem ursprünglichen Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht und bedeutet nur eine Anerkennung der Anwendbarkeit des Gesetzes auf Tatbestände, für die diese Anwendung des Gesetzes zweifelhaft erscheinen könnte."

Wenn dann im anschließenden Absatz die im Urteil des BezVerwGer. Allenstein vertretene Auffassung als rechtsirrig bezeichnet wird, wird dies sinngemäß auch auf die Hauptargumente des Urteils, den Referentenkommentar im RuPrVerwBl. 1933, 447 und den vorausgegangenen Erlaß des RWiM. v. 16. Dez. 1933, bezogen werden müssen. Gerade auf diese Punkte stützt sich nämlich z. B. auch das Preußische Oberverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 19. Dez. 1935 (Aktenzeichen III C 181/35; abgedruckt in der Zeitschrift „Mehl und Brot" Nr. 52 vom 27. Dez. 1935 S. 9) so nachdrücklichst, als ob es den Erlaß vom 10. Jan. 1936 vorausgeahnt hätte. Rechtlich wäre aber zu dem Bescheide vom 9. Sept. 1936 zu sagen, daß die Neuaufnahme irgendeiner Ware kaum „Errichtungstatbestand" in bezug auf ein Gesetz sein kann, das sich über die Errichtung von Verkaufsstellen verhält, solange nicht das Gesetz selbst die Ausdehnung des Verkaufs in der Verkaufsstelle auf die betreffende Ware der „Errichtung" gleichsetzt und damit als „Errichtung" fingiert. So wenig sich ein Einzelhändler in seinen eigenen Verkaufsräumen Konkurrenz machen kann, so wenig kann er auch selbst in seiner Verkaufsstelle eine zweite Verkaufsstelle neu errichten — an diesen Tatsachen sollte auch die rechtliche Betrachtung nicht vorübergehen. Die Neuaufnahme einer „artfremden Ware" als „selbst(ändiger) Errichtungstatbestand" ist daher schon im Hinblick auf die immer wieder beklagte Lebensfremdheit der „Juristen" abzulehnen, ganz zu schweigen davon, daß § 3 Ziff. 5 und 6 EHG. eben ganz ausdrücklich die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmittel sowie auf Arzneimittel schon als „Errichtungstatbestand" fingieren und so logisch zum Umkehrschluß zwingen. Nicht genehmigungspflichtig — unabhängig vom Umkehrschluß! — bleibt die Ausdehnung des Verkaufs auf „artfremde Waren" aber auch um deswillen, weil „Analogietatbestand" und „selbst(ändiger) Errichtungstatbestand" zwei verschiedene Ausdrücke für dieselbe Sache sind. Bis zum 1. Jan. 1935 war die Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel und Drogen dann nämlich „Errichtungstatbestand", während sie heute „Analogietatbestand" ist. Legt man in die beiden gesetzlichen „Analogietatbestände" hinein, daß grundsätzlich aus ihrer exzeptionellen Gleichsetzung der Ausdehnung des Verkaufs innerhalb einer bestehenden Verkaufsstelle mit der Errichtung einer neuen Verkaufsstelle ein Leitsatz gefunden werden könnte, wonach die Ausdehnung des Verkaufs, insbesondere auf eine „artfremde Ware", nicht statthaft sein könne, dann vermehrt man eben doch die beiden „Analogietatbestände" um den dritten, der sich „artfremde Ware" betitelt.

Das Beispiel der Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel beweist nach allem, daß die Unterscheidung zwischen „Analogietatbestand" und „Errichtungstatbestand" nicht nach rechtlichen, sondern nur nach zeitlichen Merkmalen gefunden wird. Damit stimmt es auch überein, daß Arzneimittel und Drogen weder früher noch heute hinsichtlich der Zeitspanne vom 14. Mai 1933 bis zum 31. Dez. 1934 jemals zum Begriff „völlig artfremd" gerechnet wurden. So vertritt auch der Referent des RWiM., RegR. Dr. Walther Britsch, in seinem Aufsatz „Der Arzneimittelvertrieb in Einzelhandelsgeschäften" im MinBl. für Wirtschaft Nr. 6 vom 27. April 1936 S. 74 f. den allein möglichen Standpunkt, daß das ÄndG. am 1. Jan. 1935 in Kraft getreten ist und daß demgemäß jederzeit der Nachweis zugelassen werden muß, daß ein Handel mit Arzneimitteln schon vor dem 1. Jan. 1935 betrieben wurde. Da sich der Aufsatz gegen die Ziff. IV des Runderlasses vom 10. Jan. 1936 richtet, braucht hier auf Einzelheiten nicht weiter eingegangen, sondern nur im Ergebnis festgestellt zu werden, daß in der Tat die Ausdehnung des Verkaufs auf Drogen und Arzneimittel in der Zeit vom 14. Mai 1933 bis zum 31. Dez. 1934 ohne weiteres zulässig war, ohne daß die „Artfremdheit" eine Rolle spielte. Der Widerspruch jedoch, der nunmehr darin liegt, daß unbestrittenermaßen noch über $1^1/_2$ Jahre lang nach dem Inkrafttreten des EHG. der Verkauf auf eine Ware ausgedehnt werden konnte, für die seit dem 1. Jan. 1935 ein „Analogietatbestand" normiert ist, während auf der anderen Seite die Ausdehnung des Verkaufs auf die im Gesetz nicht behandelte „artfremde Ware" seit dem 14. Mai 1933 verboten sein soll, wird weder von dem Runderlaß vom 10. Jan. 1936 noch von dem Bescheid vom 9. Sept. 1936 irgendwie gelöst. Auch hier zeigt sich wiederum, daß die Unterscheidung

zwischen „Analogietatbeständen" und „Errichtungstatbeständen" im Gesetz selbst keine Grundlage hat.

Es darf erwartet werden, daß das Preußische Oberverwaltungsgericht, dessen Urteil vom 19. Dez. 1935 ein ländliches Gemischtwarengeschäft betraf, früher oder später zu der Ausdehnung des Verkaufs auf eine „artfremde Ware" grundlegend Stellung nimmt. Bis dahin wird man jedoch bei der Beurteilung eines derartigen Streitfalls das Urteil des BezVerwGer. Allenstein vom 18. Febr. 1936 als maßgeblich betrachten müssen, zumal auch seine Begründung durch den Bescheid vom 9. Sept. 1936 nicht als widerlegt angesehen werden kann.

# Aus der Deutschen Rechtsfront

## Rasse als Grundlage und als Gegenstand des Rechts

Von Reichsminister Dr. Hans Frank, Reichsleiter der NSDAP.

Vorbemerkung: Der nachstehende Aufsatz ist mit Genehmigung der Schriftleitung der Zeitschrift „Rasse und Recht" 1937 S. 4 entnommen. D. S.

I.

Begriffe sind Erfindungen des menschlichen Geistes und als solche mannigfaltigen Veränderungen unterworfen. Die Wirklichkeit dagegen, die der Mensch mit Hilfe seiner Begriffe geistig und denkerisch zu meistern versucht, ist im Kern ihrer Substanz menschlicher Willkür entzogen; sie bietet zwar der menschlichen Freiheit einen weiten Spielraum eigener Gestaltung und Betätigung, aber sie rächt sich bitter am Menschen selber, wenn man sie dort willkürlich in Frage zu stellen versucht, wo die ewige Schöpfung selbst unüberwindliche Schranken aufgerichtet hat. Der substanzhafte Kern der Wirklichkeit stellt im Dasein der Menschen und Völker einen Wert dar, der nicht ungestraft durch begriffliches Denken oder praktisches Handeln angetastet werden kann. Die „Substanzwerte der Nation", wie ich sie genannt habe, entsprechen Naturgesetzen, denen die Rechtsgesetze nur ehrfürchtig folgen können, die aber durch ein Rechtsgesetz niemals umgestoßen werden können.

Es ist daher die Aufgabe der Rechtswissenschaft, die Rechtsbegriffe den wirklichen Substanzwerten des Volkes entsprechend zu gestalten, Aufgabe der Rechtspraxis und Rechtsausübung, diesen Werten überall da, wo sie gefährdet oder verletzt zu werden drohen oder verletzt worden sind, Geltung zu verschaffen. Diese Auffassung, so selbstverständlich sie der natürlichen Vernunft zu sein scheint, ist erst durch den Nationalsozialismus herrschend und allgemein geworden. Was wir an der Rechtslehre des Liberalismus kritisieren, ist nicht die Rechtstechnik, die rein formal und insofern neutral war, sondern die entscheidende Tatsache, daß die Rechtsbegriffe des Liberalismus sich von den Substanzwerten der Nation fast völlig entfernt hatten, daß sie der lebendigen Wirklichkeit nicht mehr entsprachen und ein selbstzweckliches Eigendasein führten, eben dadurch aber auch auf die Wirklichkeit und Ordnung des Volkes schädigend einwirken mußten.

Der Respekt vor den inneren Gesetzen der Wirklichkeit war der hinter uns liegenden Epoche verlorengegangen und damit die Grundlage eines echten Rechtsdenkens ebenso wie die Grundlage einer tatsächlichen Rechtssicherheit zerstört.

II.

Eine Revolution bewirkt stets tiefgreifende Veränderungen der äußeren Wirklichkeit; mit der Wirklichkeit verändern sich auch die Begriffe, die der Wirklichkeit angepaßt sein müssen, wenn sie nicht in willkürliche und phantastische Konstruktionen ausarten sollen. Die nationalsozialistische Revolution nun, die als „Revolution der Revolutionen", nicht die Zerstörung, sondern die Beseitigung der vorhandenen Zerstörung, nicht das Chaos, sondern den Aufbau auf ihr Banner geschrieben hatte, mußte zur Folge haben die Wiederherstellung der verlorengegangenen Einheit von Wirklichkeit und Begriff, von Substanzwerten und praktischem Handeln, von Volk und Recht.

Dies gilt in erster Linie von der zentralen Wirklichkeit eines Volkes und der Völker, die zugleich den zentralen Begriff der nationalsozialistischen Lehre bedeutet: dem Begriff der Rasse.

Die allgemeine Menschheitsideologie der Aufklärung und des 19. Jahrhunderts, von Juden erfunden und zu jüdischen Zwecken verwendet, hatte den Blick für die rassische Substanz der Volks- und Menschheitswirklichkeit getrübt und überhaupt den Begriff Rasse aus der öffentlichen politischen und rechtlichen Erörterung ausgeschaltet. Dadurch, daß der Nationalsozialismus diesen Begriff in das allgemeine Denken nicht nur wieder eingeführt, sondern ihn zum Ausgangs- und Zielpunkt seiner gesamten Lehre gemacht hat, hat er nicht nur das politische Leben wieder auf seine wirkliche Substanzgrundlage zurückgeführt, sondern auch das Recht aus seinem rein begrifflich-selbstzwecklichen Scheindasein erlöst und ihm den Weg zum Volke wieder eröffnet.

Es versteht sich danach von selbst, daß die nationalsozialistische Revolution eine wahrhafte Revolution des Rechts gewesen ist. Diejenigen haben also unrecht, die da glauben oder glauben machen wollen, daß von einer allgemeinen liberalistischen „Rechtsidee" zur Rechtsauffassung der nationalsozialistischen Bewegung eine andere Kontinuität bestehe, als die, welche die nationalsozialistische Revolution, indem sie den Weg der „Legalität" beschritt, von sich aus und aus freien Stücken anerkannt hat. In den gleichen Irrtum verfallen die, welche aus dem Begriff der „Evolution" diejenigen Schlüsse zu ziehen versuchen, die ihnen hinsichtlich der Form der „Legalität" kläglich mißlungen sind. Weder aus der Legalität der nationalsozialistischen Revolution, noch aus dem evolutionären Aufbau des Dritten Reiches nach dem Sieg dieser Revolution folgt irgendeine inhaltliche Kontinuität zwischen der Vergangenheit und der politischen und rechtlichen Gegenwart des Nationalsozialismus. Sowohl die Legalität als auch die Evolution des heutigen Reichsaufbaus haben zur ausschließlichen Voraussetzung die durch die nationalsozialistische Revolution teils wieder erkannte, teils neu geschaffene völkische Wirklichkeit.

Die Wirklichkeit des Volkes aber und die Wirklichkeitsnähe und Volksverbundenheit des Rechts beruht auf dem, was wir Rasse nennen.

III.

Es ist ein leichtes, aus dem Buche des Führers „Mein Kampf" und aus seinen Reden sowohl die unmittelbaren als auch die mittelbaren Zusammenhänge zwischen Rasse und Recht aufzuzeigen. Eine lohnende Aufgabe, die eine eigene Arbeit erschöpfen würde. Es ist hier nur der Platz, darauf hinzuweisen, wie diese Zusammenhänge in der großen Reichstagsrede Adolf Hitlers am 30. Jan. 1937 in klassischer Weise zum Ausdruck gelangen:

„Unser nationalsozialistisches Programm setzt an Stelle des liberalistischen Begriffes des Individuums, des marxistischen Begriffes der Menschheit das blutbedingte

und mit dem Boden verbundene Volk. Ein sehr einfacher und lapidarer Satz, allein von gewaltigen Auswirkungen. Zum erstenmal vielleicht, seit es eine Menschengeschichte gibt, ist in diesem Lande die Erkenntnis dahin gelenkt worden, daß von allen Aufgaben, die uns gestellt sind, die erhabenste und damit für den Menschen die heiligste die Erhaltung der von Gott gegebenen blutgebundenen Art ist. Zum erstenmal ist es in diesem Reiche möglich, daß der Mensch die ihm vom Allmächtigen verliehene Gabe des Erkennens und der Einsicht jenen Fragen zuwendet, die für die Erhaltung seiner Existenz von gewaltigerer Bedeutung sind als alle siegreichen Kriege und erfolgreichen Wirtschaftsschlachten. Die größte Revolution des Nationalsozialismus ist es, das Tor der Erkenntnis dafür aufgerissen zu haben, daß alle Fehler und Irrtümer der Menschen zeitbedingt und damit wieder verbesserungsfähig sind, außer einem einzigen: dem Irrtum über die Bedeutung der Erhaltung seines Blutes, seiner Art und damit der ihm von Gott gegebenen Gestalt und des ihm von Gott geschenkten Wesens. Wir Menschen haben nicht darüber zu rechten, warum die Vorsehung die Rassen schuf, sondern nur zu erkennen, daß sie den bestraft, der ihre Schöpfung mißachtet. Unsagbares Leid und Elend sind über die Menschheit gekommen, weil sie diese im Instinkt zutiefst verankerte Einsicht durch eine schlechte intellektuelle Halbbildung verlor. Heute leben in unserem Volke Millionen und aber Millionen Menschen, denen diese Gesetze klar und verständlich geworden sind. Was einzelnen Sehern oder unverdorben Ahnenden aber als Erkenntnis aufging, ist heute Arbeitsgebiet der deutschen Wissenschaft geworden. Und ich spreche es hier prophetisch aus: So wie die Erkenntnis des Umlaufs der Erde um die Sonne zu einer umwälzenden Neugestaltung des allgemeinen Weltbildes führte, so wird sich aus der Blut- und Rassenlehre der nationalsozialistischen Bewegung eine Umwälzung der Erkenntnisse und damit des Bildes der Geschichte der menschlichen Vergangenheit und ihrer Zukunft ergeben.“

An diesem Vergleich mag man die universale Größe unserer Revolution erkennen. Bedeutet der Sieg dieser Revolution „nicht den Sieg eines staatlichen, sondern eines rassischen Prinzips“, so gilt dies in gleicher Weise für die nationalsozialistische Revolution des Rechts. „Im Dienste des Siegés dieser Idee stand nun viereinhalb Jahre lang die deutsche Gesetzgebung“, und es „ist die deutsche Gesetzgebung seit diesen vier Jahren nur die Festlegung einer ideenmäßig geklärten und durchgesetzten Auffassung nach der allgemein bindenden rechtlichen Seite hin.“

Damit ist das Recht aus seiner rechtlichen, staatlichen oder rechtsstaatlichen Selbstzwecklichkeit gelöst. Der mittelbare und unmittelbare Zweck des Rechts und des Staates wurde das Volk als rassische Größe:

„Daher wurde durch den Sieg der nationalsozialistischen Bewegung das Volk als das Seiende und das Bleibende über jede Organisation, Konstruktion und Funktion gestellt. Sinn und Zweck der Existenz der von der Vorsehung erschaffenen Rassen vermögen wir Menschen weder zu erkennen, noch festzustellen. Allein Sinn und Zweck der menschlichen Organisationen, sowie aller Funktionen sind meßbar an ihrem Nutzen, den sie für die Erhaltung des bleibenden und seienden Volkes besitzen. Daher ist das Volk das Primäre. Partei, Staat, Armee, Wirtschaft, Justiz usw. sind sekundäre Erscheinungen, Mittel zum Zweck der Erhaltung dieses Volkes.“

Das „Bleibende und Seiende“ des Volkes ist seine rassische Substanz. Sie ist der Zweck, im Verhältnis zu dem nicht nur alle Organisationen, sondern auch alle Funktionen, wie der Führer ausdrücklich hervorhebt, lediglich Mittel zum Zwecke sind. Es ist daher kein bloßer Zufall, wenn der Führer, um das rassische Prinzip beispielhaft zu erläutern, als erstes Beispiel die umfassendste Funktion des Gemeinschaftslebens, nämlich das Recht, heranzieht:

„Im Laufe einer langen Zeit ist teils durch Übernahme fremden Gedankengutes, teils durch das Fehlen einer eigenen klaren Einsicht unser Rechtsleben in eine Verwirrung geraten, die ihren prägnantesten Ausdruck fand in der Unklarheit über den inneren Zweck des Rechtes an sich. Zwei polare Extreme kennzeichnen diesen Zustand:

1. Die Auffassung, daß das Recht als solches seine eigene Existenzberechtigung in sich trage und daher überhaupt keinerlei Prüfung über die Nützlichkeit im einzelnen oder im gesamten zulasse. Das Recht bestehe, selbst wenn die Welt darüber zugrunde ginge.
2. Die Auffassung, daß das Recht im wesentlichen berufen sei, den Schutz des Individuums in der Person und in seinem Eigentum zu übernehmen und zu sichern. Zwischen beiden meldet sich in verschämter Verbrämung die Vertretung größerer Gemeinschaftsinteressen zumeist nur als Konzession an die sogenannte Staatsraison an.

Die nationalsozialistische Revolution hat demgegenüber dem Rechte, der Rechtswissenschaft sowohl als der Rechtsprechung, einen eindeutigen klaren Ausgangspunkt gegeben: Es ist die Aufgabe der Justiz, mitzuhelfen an der Erhaltung und Sicherung des Volkes vor jenen Elementen, die sich als Asoziale entweder den gemeinsamen Verpflichtungen zu entziehen trachten oder sich an diesen gemeinsamen Interessen versündigen. Damit steht über der Person und der Sache auch im deutschen Rechtsleben von jetzt ab das Volk.“

Nachdem der Führer vorher den nationalsozialistischen Begriff des Volkes als das „Bleibende und Seiende“, als die blut- und bodengebundene Art definiert hatte, ist hiermit die Beziehung von Rasse und Recht gegeben, und zwar sowohl für die Gesetzgebung, als auch für die Rechtswissenschaft, als auch für die Rechtsprechung. Die Rasse ist die Grundlage, der Ausgangs- und Zielpunkt des gesamten Rechtslebens. Auf dem Boden der nationalsozialistischen Rassenlehre allein hat das Recht seinen Nutzen für das Volk und damit seine einzig mögliche Legitimation.

## IV.

Der Führer hat in Worten, an denen nicht herumzudeuteln ist, den Sinn und die Funktion des Rechtes im Volksleben festgelegt. Er hat die Basis bezeichnet, auf der das Recht wieder zum Volke und das Volk wieder zu seinem Rechte finden kann. Dieser zum Teil schon erreichten und immer neu zu erringenden sachlichen Einheit entspricht die persönliche von Rechtswahrern und Volksgenossen. Daß die Rechtswahrer heute keine abgeschlossene Juristenkaste mehr bilden, sondern in der größten Rechtsorganisation der Welt einen volksverwurzelten Rechtsstand darstellen, ist in erster Linie der Tatsache zu verdanken, daß der Nationalsozialismus dem Recht wieder seinen natürlichen Zweck zurückgeschenkt hat, und daß dieser Zweck das rassisch begriffene Volk ist.

Der Begriff der Rasse nimmt aber in einem nationalsozialistischen System des Rechts eine doppelte Funktion ein:

1. Die nationalsozialistische Rassenlehre ist die Grundlage, d. h. der Ausgangs- und Zielpunkt, des gesamten Rechts. Auf diese Weise ist die Wirklichkeit der Rasse mit der Wirklichkeit des Rechts unlöslich verknüpft; zugleich ist damit der Begriff des Rechtes an sich vom Begriff der Rasse und des Volkes abhängig. Die einzelnen Spezialgebiete des Rechts mit ihren besonderen Gegenständen, der Wirtschaft, des Verkehrs, des Liegenschaftswesens usw., dienen damit, wenn auch mehr oder weniger mittelbar, in letzter Linie immer den rassischen Zielen des nationalsozialistischen Volksaufbaus. So verstanden ist das Recht ebenso wie seine rassische Grundlage „total“, d. h. alle Lebensbereiche der Nation umfassend.

2. Rasse ist aber auch in einem spezielleren Sinne Gegenstand des Rechts. Es gibt heute in Deutschland ein besonderes Recht der Rasse neben anderen Rechtsgebieten. Hierher gehört z. B. das Erbgesundheitsrecht, das Ehegesundheitsrecht, die Nürnberger Schutzgesetze u. a. Das Recht der Rasse als Rechtsgebiet steht grundsätzlich neben den anderen Rechtsgebieten. Die Tatsache nun, daß der national-

sozialistische Rassebegriff die Grundlage aller Rechtsgebiete bildet, weil er mit dem Rechtsbegriff als solchem verschmolzen ist, hat zur logischen Folge, daß Grundlage und unmittelbarer Gegenstand im speziellen Rasserecht identisch sind. Dadurch wird das besondere Recht der Rasse unter den verschiedenen Rechtsgebieten zum ersten und in der Auswirkung bedeutendsten; es ist ohne weiteres selbstverständlich, daß das besondere Rasserecht wichtiger ist, als etwa das Handelsrecht, obwohl auch dieses mittelbar der Erhaltung und Förderung der Art zu dienen hat.

Die Unterscheidung zwischen der Rasse als wesentlichem Element des Rechtsbegriffs und der Rasse als speziellem Gegenstand eines Rechtsgebiets ist außerordentlich wichtig. Sie allein verhindert gewisse reaktionäre Bestrebungen, die aus der Tatsache der Existenz eines besonderen, die Rassenpflege zum Gegenstand habenden Rechtsgebietes gleichsam durch Umkehrschluß zu entnehmen versuchen, daß der Nationalsozialismus sich damit begnügt habe, die Summe der bisherigen Rechtsgebiete um eines, das auf die Rasse bezogene, zu vermehren, daß aber die Beziehung von Rasse und Recht sich damit erschöpft habe und im übrigen von der rassischen Grundlage aus sich keine entscheidende Veränderung des gesamten Rechtslebens vollzogen habe.

Nichts wäre falscher und gefährlicher, als eine derartige Auffassung. Wir müssen vielmehr daran festhalten, daß der in sich einheitliche Begriff der Rasse zum Recht in der umschriebenen doppelten Beziehung steht. Die mit den besonderen Mitteln des Rechts erfolgende Pflege der Rasse bewirkt zusammen mit allen anderen hierfür angesetzten Mitteln der Aufklärung, Erziehung usw., daß für die Einheit der Begriffe Rasse und Recht stets die zugehörige Wirklichkeit erhalten bleibt.

In dieser Einheit hat das Dritte Reich Adolf Hitlers seine festeste Stütze.

## Leistungsschau des deutschen Rechtsstandes

**Uraufführung des Tonfilms „Der Deutsche Juristentag 1936"**

NSK. Im Ufa-Palast am Zoo in Berlin fand die Uraufführung des Tonfilms „Der Deutsche Juristentag 1936" statt.

Der Film hält den Beschauer von der eindrucksvollen Eröffnungskundgebung an über die Großkundgebung vor dem Reichsgericht, den Empfang der ausländischen Gäste, den Appell und den Fackelzug der jungen Rechtswahrer bis zur Schlußkundgebung in Spannung. Besondere Höhepunkte sind die Begrüßungsansprachen des Stellvertreters des Führers, Reichsministers Heß, Reichsjustizministers Dr. Gürtner und Reichsministers Dr. Frank, sowie die Ausführungen von Reichsminister Dr. Goebbels in der Schlußkundgebung.

Dem Tonfilm ging eine Ansprache des Reichswalters des NS.-Rechtswahrerbundes und Gauführers des Gaues Berlin, Pg. Dr. Raeke, voraus, der in kurzen Darlegungen die Geschichte und die Entwicklung des Deutschen Juristentages der Vergangenheit beleuchtete. Er erklärte dabei u. a.: „Nicht mehr organisatorischer Träger einer kleinen Zahl volksfremder Interessenten, nicht mehr die Plattform für parlamentarische Schauspiele und Werkzeug jüdischer Zersetzungsbestrebungen, sondern als Heerschau des geeinten, großen deutschen Rechtsstandes hat der Juristentag im Dritten Reich seinen eigentlichen Sinn und seine über das Gebiet der Rechtswissenschaft und Politik hinausgehende Bedeutung erhalten." Dr. Raeke wies abschließend darauf hin, daß der Film von dem zweiten Deutschen Juristentag im Dritten Reich ein erster Versuch sei, allen deutschen Rechtswahrern und darüber hinaus allen deutschen Volksgenossen in einer zusammenfassenden Schau die Leistungskraft des deutschen Rechtsstandes vor Augen zu führen.

# Schrifttum

Handkommentar zu dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung in neuester Fassung. Herausgegeben von Stadtrat Dr. Karl Fischer, Nürnberg, unter Mitarbeit von Dr. Robert Adam, Leo Berghofer, Dr. Werner Grams und Dr. Hanns Hastler. 6. völlig neu bearbeitete Auflage in Loseblattbuchform. Stuttgart 1937. Verlag W. Kohlhammer. 712 S. Preis geb. 39 *RM.*

Die uneingeschränkte Anerkennung, die seinerzeit diesem Erläuterungsbuch hier von dem berufensten Beurteiler gezollt worden ist (Syrup: JW. 1929, 1288), kann gegenüber der neuen 6. Auflage nur wiederholt werden. Mit größtem Fleiß und umfassender Sachkunde ist hier eine Fülle von Stoff zusammengetragen, den der Fernerstehende kaum mehr übersehen kann, und dieser Stoff ist unter weitgehender Heranziehung der Spruchpraxis in gedrängtester Form erläutert; hierbei verdient auch die geschickte, technisch gut durchgeführte Druckanordnung hervorgehoben zu werden. So wird man Herausgeber und Verleger zu dieser Leistung beglückwünschen dürfen.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

---

Dipl.-Volkswirt Gewerbeassessor Dr. Willy Matthes: Der Arbeitsschutz und seine Durchführung. Eine systematische Darstellung für den Gebrauch in der Praxis. Stuttgart und Berlin 1937. W. Kohlhammer Verlag. 296 S. Preis geb. 8,20 *RM.*

Der Wert dieses schön ausgestatteten Buches liegt weniger in den einleitenden juristischen Ausführungen über Begriff und Rechtsnatur des Arbeitsschutzes, die sich wohl etwas zu eng an die im Jahre 1914 von Kaskel begründete und bisher weit verbreitete Systematik dieses Rechtsgebietes anschließen, ohne die neuere Entwicklung zu berücksichtigen, wie sie namentlich der Aufsatz von Nipperdey über das System des neuen Arbeitsrechts: AkadZ. 2 (1935), 911 ff. widerspiegelt.

Außerordentlich ansprechend ist dagegen die von großer Liebe zur Sache getragene Darstellung der Mittel des Arbeitsschutzes und seiner Durchführung, die den Hauptteil des Buches ausmachen. Sie legt Zeugnis ab von ausgebreiteter Sachkenntnis und Erfahrung des Verf. und gibt ein anschauliches, durch feinbeobachtete kleine Einzelheiten belebtes Bild aus dem Arbeitsleben der deutschen Gegenwart. So wird das Buch nicht nur den engeren Fachgenossen des Verf. und den Betriebsführern wertvolle Dienste leisten, sondern es kann namentlich auch allen denen von Nutzen sein, die als Richter, Verwaltungsbeamte oder Rechtsanwälte mit den Paragraphen des Arbeitsrechts zu tun haben, weil es dazu beiträgt, Recht und Wirklichkeit einander nahe zu bringen.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

---

Zeitler-Staenicke: Das neue deutsche Arbeitsrecht. Ergänzungslieferungen 19—22. Stuttgart 1936/37. Verlag W. Kohlhammer. Preis je Druckblatt 5 Pfg. und Porto.

Die neuen Lieferungen des bewährten Sammelwerkes (vgl. zuletzt JW. 1936, 1203) bringen vor allem eine bemerkenswerte Bereicherung des Rechtsprechungsteils. Neben einer großen Anzahl von Urteilen des RGH. finden wir Entscheidungen zum Kündigungsschutz nach dem ArbOG. und zum Verfahrensrecht, insbes. zu § 11 ArbGG. und zu § 850 d ZPO. Der Gesetzgebungsteil enthält u. a. die bis zum 22. Dez. 1936 ergangenen sieben Anordnungen zur Durchführung des Vierjahresplans.

Unter den Erläuterungen fesselt besonders der Überblick, den Lutz Richter im Anschluß an die 12. DurchfVO. zum ArbOG. über Bildung und Aufgaben der Gesamthafenbetriebe gibt; von ihm stammen auch die Bemerkungen zu den vom RVersA. auf Grund von § 309 b Abs. 4 RVO. erlassenen Vorschriften über Anstellung, Besoldung und Dienstverhältnisse der

Vertrauensärzte v. 15. Juli 1936 (RArbBl. IV, 230). Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BlutschutzG. v. 15. Sept. 1935 mit AusfVO., sowie die der 2. VO. zum RBürgerG. v. 21. Dez. 1935 hat Herschel eingehend erläutert, ebenso die in Betracht kommenden Vorschriften des Ges. über die Auflösung der Zwecksparunternehmungen v. 13. Dez. 1935.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

---

Dr. Kurt Göttel, stellv. Vors. des Arbeitsamts Berlin-Mitte: Arbeitsvermittlung und Arbeitseinsatz. Sammlung der neueren Gesetze und Vollzugsvorschriften. Textausgabe mit Anmerkungen, Verweisungen und Sachverzeichnis. München und Berlin 1936. C. H. Becksche Verlagsbuchhdlg. 200 S. Preis mit Nachtrag kart. 2,40 *RM*; Nachtrag allein 0,15 *RM*.

Dr. Ludwig Münz, ORegR. im R.- und PrArbMin.: Die gesamten Vorschriften über den Arbeitseinsatz nach dem Vierjahresplan. München und Berlin 1936. C. H. Becksche Verlagsbuchhdlg. 77 S. Preis kart. 1,50 *RM*.

Die beiden einander ergänzenden Schriften sind durch den neuen Vierjahresplan veranlaßt.

Wenn man die von Göttel mit großer Sorgfalt und Sachkenntnis zusammengestellte Sammlung von nicht weniger als 54 Gesetzen und Vollzugsvorschriften aus der Zeit von 1933 bis zum 22. Dez. 1936 durchsieht, so wird man unwillkürlich an die feinsinnigen Bemerkungen von H. Lange über Nationalsozialismus und bürgerliches Recht (Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, S. 933 ff.) erinnert. Jede kämpfende Revolution muß, wie Lange ausführt, zunächst mit dem ungeschriebenen Rechte den ihr feindlichen Gesetzesapparat unterhöhlen; „die siegreiche Revolution aber kann nicht abwarten, bis ihre Ziele Gegenwart geworden sind, kann nicht das Rechtsleben seiner eigengesetzlichen Entwicklung überlassen, sie muß es vorwärtstreiben, neuen Zielen zuführen". So bedeutet die gegenwärtige Revolutionierung des Rechts in gewissem Sinne eine Rückkehr zur Romantik und zur historischen Rechtsschule, weil sie den hohlen Positivismus beseitigen und das Recht wieder als lebendige Ordnung der Volksgemeinschaft begreifen will; auf der andern Seite aber führt sie über die Anschauungswelt der Romantik hinaus, die „trotz ihres höheren Wertes um ihrer Tatenlosigkeit willen von dem wertloseren, aber tatenfreudigen Positivismus überrannt worden ist. Das Gesetz ist damit eines der wichtigsten Führungsmittel im neuen Staate" (a. a. O. S. 936).

So angesehen muß auch die Gesetzgebung über den Arbeitseinsatz uns als Ausdruck eines vorwärtsstürmenden wirtschaftspolitischen und sozialpolitischen Wollens erscheinen, und diesen Sinnzusammenhang legt die vortreffliche Einleitung klar, die Münz seinem Werkchen vorausgeschickt hat. Im übrigen beschränkt sich Münz auf die Wiedergabe und Erläuterung der Vorschriften über den Arbeitseinsatz nach dem Vierjahresplan, namentlich also die sechs bis Anfang Dez. 1936 ergangenen Anordnungen des MinPräs. Göring und einiger älterer Vorschriften. Dankenswerterweise sind auch die auf das neue Vierjahresprogramm bezüglichen Teile der Führerproklamation vom Nürnberger Parteitag 1936 mit abgedruckt, sowie die wichtigsten Sätze aus der einführenden Rede, die MinPräs. Göring am 28. Okt. 1936 im Berliner Sportpalast gehalten hat.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

---

ORegR. Dr. Hans Ulrich und RegR. Dr. Theodor Galland: Lehrbuch für Arbeitseinsatz und Arbeitslosenhilfe. Teil 1: Die unterstützende Arbeitslosenhilfe und die Statistik in der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Berlin 1937. Verlag Langewort. 275 S. Preis kart. 5,40 *RM*, geb. 6,60 *RM*.

Das Buch gibt einleitend einen Überblick über Wesen, Zweck und geschichtliche Entwicklung der unterstützenden Arbeitslosenhilfe. Der Hauptteil der Darstellung befaßt sich, dem Gange des Unterstützungsverfahrens im Arbeitsamt folgend, mit dem geltenden Recht der unterstützenden Arbeitslosenhilfe auf der Grundlage des ArbVermG. Den Beschluß bildet ein Abschnitt über Wesen, Organisation und Auswertung der statistischen Arbeit in der Reichsanstalt. Ein zweiter Teil des Werkes, der den Fragen des Arbeitseinsatzes sowie der Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung gewidmet ist, soll erst erscheinen, wenn die durch den Vierjahresplan bedingte Fortentwicklung dieser Materie sich übersehen läßt.

Die Verfasser, denen langjährige praktische Erfahrung zur Seite steht, haben es verstanden, durch äußerste Knappheit im Ausdruck und durch geschickte, das Wesentliche hervorhebende Druckanordnung den spröden Stoff anschaulich zu machen und hierbei auch demjenigen, der tiefer eindringen will, durch zahlreiche Hinweise auf die einschlagenden Vorschriften und die Rechtsprechung des Spruchsenats den Weg zu bahnen. Eine zusammenfassende Darstellung dieser Art hat es meines Wissens bisher noch nicht gegeben. Das Buch wird deshalb allen, die in dem großen Geschäftsbereich der Reichsanstalt tätig sind, ein hochwillkommenes Hilfsmittel sein können.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

---

Arbeitsrecht-Kartei. (Loseblatt-Lexikon des Arbeits- und des Sozialrechts.) Herausgegeben von AGDir. Dr. Kallee, Stuttgart. Stuttgart, Verlag für Wirtschaft und Verkehr, Forkel & Co.

Vgl. zuletzt JW. 1936, 3227.

Die neu erschienenen Lieferungen (575 bis 591) bringen wieder eine Fülle von Stoff. Wichtige Mitteilungen über neue Gesetze, namentlich im Zusammenhang mit dem Vierjahresplan und mit der grundlegenden Neuregelung der Kurzarbeiterunterstützung, stehen neben einer ganzen Reihe bemerkenswerter Urteile des RArbG. und neben kleineren und größeren Einzeldarstellungen. So verbreitet sich Syrup über Vierjahresplan und Arbeitseinsatz, Kalckbrenner über die Auswirkungen des Wehrdienstes auf das Beschäftigungsverhältnis. Grub hat eine Reihe von Aufsätzen über Rechtsstellung und Aufgaben des Betriebsführers beigesteuert, die sich zu einer umfassenden Darstellung der einschlagenden Fragen zusammenfügen; die Angaben aus dem Schrifttum könnten hier vielleicht noch durch einen Hinweis auf die ausgezeichnete Arbeit von F. Rößler: „Der Führer des Betriebes" (angezeigt JW. 1935, 3150) ergänzt werden.

Der vorzügliche Ruf dieses Nachschlagewerks befestigt sich mit vollem Recht immer mehr. Wer in der täglichen arbeitsrechtlichen Praxis rasch eine kurze und zuverlässige Auskunft braucht, wird immer zur Stuttgarter Kartei greifen und darauf rechnen können, daß sie nicht versagt.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

---

Dr. Georg Schröder, LGR. in Berlin: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz). Textausgabe mit Verweisungen und Sachregister. München, Berlin und Leipzig 1937. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 374 S. Preis geb. 2,30 *RM*.

Das von LGR. Dr. Schröder herausgegebene „Aktiengesetz" enthält in übersichtlicher Druckanordnung den Text des Gesetzes und seines Einführungsgesetzes jeweils mit Verweisungen auf die einschlägigen Vorschriften. Es folgt dann die amtliche Begründung, die mit einem Inhaltsverzeichnis versehen ist und bei ihren Verweisungen in Randbemerkungen die Seiten des Buches bezeichnet, auf denen die in Bezug genommenen Stellen der amtlichen Begründung abgedruckt sind. In einem Anhang werden auszugsweise die wichtigsten Nebenbestimmungen aus dem HGB., dem BGB., dem Wechselgesetz, dem FGG., dem VAG. und die §§ 1, 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften gebracht. Mit einem ausführlichen Sachregister schließt das handliche Werk.

RA. u. Notar. Dr. jur. et rer. pol. Hugo Dietrich, Berlin.

---

Gewerbeordnung nebst den wichtigsten arbeitsrechtlichen und gewerbepolizeilichen Gesetzen und Verordnungen. Textausgabe mit kurzen Anmerkungen und Sachverzeichnis. 27. Aufl. München und Berlin 1937. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. Loseblattausgabe. 673 S. Preis geb. 4,50 RM.

Die bekannte Textausgabe, deren wesentlicher Inhalt sich bereits aus dem Titel ergibt, entspricht in Anlage und Aufmachung den bewährten Sammlungen der Reichs- und preußischen Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. Die große Anzahl von Gesetzen und Verordnungen des geltenden Gewerbe- (polizei-) rechts und des Arbeitsrechts macht eine zuverlässige Zusammenstellung, und zwar nicht nur der neueren Gesetze, sondern auch der alten Gesetze in der heute geltenden Fassung zum Bedürfnis. Die Becksche Ausgabe, die nunmehr, seit den letzten Auflagen in loser Blattform, in der 27. Aufl. vorliegt, erfüllt ihren Zweck in hervorragender Weise. Der besondere Wert dieser Ausgabe liegt in der vollständigen und doch wohl durchdachten Auswahl der zuverlässig wiedergegebenen Gesetzestexte in der heutigen Fassung, in den kurzen, aber genauen Verweisungen in den Anmerkungen und in einem sorgfältig verfaßten Sachregister, das allein 30 Seiten umfaßt. Außer der Gewerbeordnung, deren Wiedergabe die zahlreichen Änderungen dieses Gesetzes berücksichtigt, enthält die Sammlung insbes. den Text des ArbOG., des ArbGG., des ArbVermG.. der ArbZVO.

RA. Dr. v. Bohlen, Berlin.

---

Dr. Heinz Wiers, Berlin: Das Steuerrecht für die Praxis. Mit Veranlagungsrichtlinien. 2. veränderte und verbesserte Auflage. (Deutsches Reichsrecht in der Praxis.) Berlin 1937. Carl Heymanns Verlag. 552 S. Preis geb. 7,50 RM.

Mit dem Stande vom Febr. 1937 liegt die 2. Auflage der Textsammlung der wichtigsten Steuergesetze, versehen mit kurzen Hinweisen, vor. Das Steuerrecht ist nunmehr in einem einzigen Bande zusammengefaßt. Weggefallen sind die Reichsfluchtsteuer, das KapVerkG., das GrErwStG., das WStG., das KraftfStG. und das UrkStG. Hierdurch war es möglich, die Textsammlung auf einen Band zu beschränken, der im übrigen gegenüber der 1. Auflage wesentlich ergänzt worden ist.

Vor allem ist hervorzuheben, daß ein 12 Seiten langes Stichwortverzeichnis die praktische Benutzung erheblich erhöht. Da die für die tägliche Praxis wesentlichsten Steuergesetze abgedruckt sind, erfüllt die Textsammlung durchaus ihren Zweck. In einer besonderen Mappe sind die Richtlinien für die Veranlagung zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer gesondert beigegeben. Da die Richtlinien für die Verwaltungspraxis eine erhebliche Rolle spielen, erfüllt auch deren Beigabe eine Forderung der Praxis.

Leider konnten die neuen Lohnsteuerrichtlinien, durch die die bisherigen Lohnsteuersammelerlasse, soweit sie noch praktische Bedeutung haben, zusammengefaßt wurden, nicht mehr mit abgedruckt werden. Insoweit muß auf die amtliche Veröffentlichung im RStBl. 1937, 281 ff. verwiesen werden. Die erste Auflage ist von mir in JW. 1936, 2052 besprochen worden.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

---

E. Esch, Steuerdirektor: Einführung in die Praxis des Bürgersteuerrechts. Düsseldorf 1937. Droste Verlag und Druckerei KG. 184 S.

Der Verf. hat unmittelbar aus der Praxis heraus das Bürgersteuerrecht systematisch dargestellt. Neben einer kurzen Einführung werden die persönliche Steuerpflicht, der Gegenstand der Besteuerung, die Steuerbefreiungen, die Steuerermäßigungen, die Höhe der Steuer, die Veranlagung und Erhebung, die Rechtsmittel und Rechtsmittelverfahren, die Feststellung der steuerberechtigten Gemeinde, die strafrechtlichen Vorschriften, der Erlaß aus Billigkeitsgründen, die Haftung und der Gemeindebeschluß behandelt.

Durch das BürgStG. v. 16. Okt. 1934 wurde die Bürgersteuer ihrer wesentlichsten sozialen Härten entkleidet. Die andererseits nicht vermeidbare Komplizierung des Bürgersteuerrechts muß jedoch aus vorstehenden Gesichtspunkten in Kauf genommen werden.

Für denjenigen, der seltener mit Fragen des Bürgersteuerrechts zu tun hat, ist das Gebiet verhältnismäßig unübersichtlich. Die Darstellung des Verf. gestattet ein außerordentlich leichtes Zurechtfinden. Überall werden aus der Praxis gewonnene Beispiele gebracht, die die wesentlichsten Fälle behandeln. In einem besonderen Literaturnachweis sind die Erlasse der Finanzverwaltung und die Rechtsprechung des RFH. zusammengestellt. Das 15 Seiten umfassende Stichwortverzeichnis macht die Schrift zu einem Nachschlagewerk. Das Buch von Esch leistet auch dem steuerberatenden Rechtsanwalt praktische Hilfe.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

---

Dr. jur. Wilhelm Weimar, RA. in Köln: Klausurschemata und Rechtsprobleme für die Referendarprüfung. Schemata, Übersichten, typische Rechtsfragen, Rechtsprechungsgrundsätze und Winke. Köln 1936. Verlag Balduin Pick. 68 S. Preis brosch. 2 RM.

Das vorliegende Heft enthält weit mehr Stoff, als auf den ersten Blick zu vermuten ist. In kürzester Form werden die wichtigsten Gebiete, die der Student zum schriftlichen und mündlichen Referendarexamen beherrschen muß, behandelt. Dabei versteht es der Verf., durch geschickte Einteilung und übersichtliche Untergliederung dem Leser das Verständnis zu erleichtern, so daß er trotz knappster Ausdrucksweise zu folgen in der Lage ist.

Der Anfänger wird sich allerdings kaum mit dem Heft abfinden können, weil für ihn die Wiedergabe des Stoffes allzu komprimiert erfolgt ist; desto größeren Vorteil wird aber der vorgerückte Examenskandidat aus dem Heft haben, wenn er es am Schluß seiner Ausbildungszeit noch einmal durcharbeitet, um sich in kürzester Frist einen doch vollkommenen Überblick über die wesentlichsten Prüfungsgebiete zu verschaffen. Der Verf. hat seine Arbeit auch offenbar ganz auf diesen wichtigen Zweck eingestellt; denn er bezeichnet das Heft in seinem Vorwort selbst als „ein Hilfsbuch für den Prüfungskandidaten". Ihm wird es bestimmt ein gutes Hilfsmittel sein; der Zweck ist daher erreicht worden.

Der Wert der Arbeit wird vor allem dadurch erhöht, daß Verf. sich nicht nur mit der Vermittlung zahlreicher Theorien und Streitfragen und sonstigen Examenswissens begnügt, sondern auch — allerdings dem Charakter der Arbeit entsprechend in gedrängtester Kürze — brauchbare allgemeine Klausuranleitungen und Aufbaugrundsätze gibt, die es dem Kandidaten ermöglichen werden, sein Wissen in einer der juristischen Logik entsprechenden Weise anzubringen (vgl. z. B. §§ 1, 5, 7, 9).

Sachlich erscheinen mir zwei Berichtigungen erforderlich. Auf S. 10 (§ 4 b, 4) sagt der Verf.: Verkehrsunfälle auf der Eisenbahn: § 25 PrSachschädenG. v. 3. Nov. 1838. Im Fall des § 254 BGB. kein Anspruch. Das ist zumindesten sehr mißverständlich ausgedrückt. Denn nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung kann sich die Eisenbahn gegenüber einem auf § 25 a. a. O. gestützten Anspruch nicht voll auf § 254 BGB. berufen, sondern nur auf das eigene mitwirkende Verschulden des Verletzten.

Ferner führt der Verf. auf Seite 39 aus, daß der gute Glaube an die Grundbucheintragung den Mangel des Eigentums und der Verfügungsmacht heilt. Diese Ansicht erscheint mir ebenfalls angreifbar, da im Gesetz — abgesehen von dem Fall des § 363 HGB. — in keinem Falle der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Veräußerers geschützt wird. § 1404 BGB. durchbricht nicht den Grundsatz des § 892 BGB., wie Verf. auf Seite 48 B [1] sagt, sondern er ist eine an sich überflüssige Bestimmung, die nur den allgemeinen Grundsatz noch einmal verdeutlicht.

RA. Dr. O. Rilk, Berlin.

# Rechtsprechung



## Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

** **1. RG. — § 139 BGB.; § 15 GmbHG.**

**Gegen die Zulässigkeit einer Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH. an einen anderen zu treuen Händen mit der Verpflichtung, sie dem Übertragenden jederzeit zurückzuübertragen, bestehen rechtliche Bedenken nicht. Sie ist sogar unbedenklicher als manche andere Sicherungsübereignung, weil die Gläubiger der GmbH. persönliche Ansprüche an die Gesellschafter nicht haben. Ob die Verpflichtung zur Rückübertragung nach § 15 GmbHG. zu ihrer Gültigkeit der Beurkundung bedarf, kann dahin stehen. Denn wenn die Beurkundung erforderlich, aber nicht erfolgt wäre, so würde nach § 139 BGB. auch die Übertragung der Geschäftsanteile nichtig und der Empfänger zu ihrer Rückübertragung nach § 812 BGB. verpflichtet sein.**

(RG., VII. ZivSen., U. v. 12. Febr. 1937, VII 238/36.)

*

**2. RG.** — § 249 BGB.; § 565 Abs. 2 ZPO. Der Gläubiger, der statt der Herstellung Geldersatz gefordert hat, ist an diese Wahl nur im Falle des § 249 Satz 2 BGB., der Ausnahmefälle regelt, gebunden.

1. Die Bekl. hat in der erneuten Verhandlung vor dem BG. geltend gemacht, eine Bindung i. S. des § 565 Abs. 2 ZPO. liege für das BG. schon deshalb nicht vor, weil der mitgeteilten Rechtsauffassung des RG. mehrere Unrichtigkeiten tatsächlicher Art zugrunde lägen. Diese Ansicht ist unrichtig. Selbst wenn die Behauptung der Bekl. den Tatsachen entspräche, würde dadurch die Bindung des BG. nicht gehindert werden. Denn entscheidend für die Bindung ist, ob der Prozeßstoff insoweit dem RG. damals vorgelegen hat (Urt. des erk. Sen. v. 6. Febr. 1925, II 10/24: JurRdsch. 1925 Nr. 1168 bzgl. eines vom RG. übergangenen Einwandes gegen die Rechtsgültigkeit eines Vertrages wegen Preiswuchers; ebenso Baumbach, Nr. 2 zu § 565). Ist dies der Fall, so kommt es dann nur noch darauf an, ob die erneute Verhandlung vor dem BG. auf Grund neuen Vorbringens der Parteien einen wesentlich anderen Sachverhalt ergeben hat, als er dem RG. zur Beurteilung vorgelegen hat; denn dann würde allerdings die Bindung entfallen.

2. Die Rev. der Bekl. betrachtet das Zurückgreifen auf den Herstellungsanspruch, das zwar verfahrensrechtlich nach § 270 ZPO. nicht zu beanstanden sei, sachlich-rechtlich als unzulässig, weil der Gläubiger, der einmal Geldersatz gewählt habe, daran gebunden bleibe. Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Die Rev. kann sich zur Stützung auch nicht auf die von ihr angegebene Stelle in RGRKomm. (Anm. 2 zu § 249 BGB.) berufen. Denn der dortige Ausspruch, daß das Wahlrecht des Gläubigers, die Herstellung oder statt ihrer den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu fordern, durch Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt wird und schon diese Erklärung den Berechtigten bindet, falls er an Stelle der Herstellung Geldersatz gewählt hat, bezieht sich lediglich auf die in Satz 2 § 249 BGB. bestimmten Ausnahmefälle von der Regel des Satzes 1 daselbst, nämlich auf den Fall der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache.

(RG., II. ZivSen., U. v. 3. Nov. 1936, II 281/35.) [K.]

**3. RG.** — § 419 BGB. Eine Haftung der Deutschen Arbeitsfront für die Verpflichtungen der früheren Gewerkschaften aus § 419 BGB. läßt sich heute ebensowenig annehmen, wie schon nach der bisherigen Rspr.

Außer Zweifel steht, daß die Deutsche Arbeitsfront mit ihrer Reichsbetriebsgemeinschaft Textil nicht wesensgleich ist mit dem früheren TAV. (Textilarbeiterverband), daß sie auch nicht insgesamt Rechtsnachfolgerin der früheren Gewerkschaften geworden ist. Das ist in der Rspr., insbes. der des RArbG. ständig angenommen (vgl. u. a. RArbG. 13, 271; 14, 134 und 203). Die Rev. meint, der § 419 BGB. müsse jetzt zur analogen Anwendung kommen, nachdem durch die VO. des Führers und Reichskanzlers über Wesen und Ziel der Deutschen Arbeitsfront v. 24. Okt. 1934 und 11. Nov. 1934 (abgedr.: „Völkischen Beobachter", Norddeutsche Ausgabe, Ausgabe A, Nr. 299 v. 26. Okt. 1934), sowie die Anordnung des Reichsleiters Dr. Ley v. 20. Sept. 1934 klar zum Ausdruck gekommen sei, daß nunmehr das Vermögen der aufgelösten Gewerkschaften, also auch das des TAV., auf die Deutsche Arbeitsfront übertragen worden sei. Die Frage, ob eine Haftung der Deutschen Arbeitsfront für Verpflichtungen der früheren Gewerkschaften auf den sich aus § 419 BGB. ergebenden Rechtsgedanken gegründet werden könnte, ist bereits in den oben angeführten Entsch. des RArbG. wiederholt erörtert, aber stets verneint worden. In dem Urt. v. 28. Febr. 1934, RAG 274/33 (RArbG. 13, 271 f. [281]) läßt es das RArbG. dahingestellt sein, ob § 419 BGB. auf alle Fälle eines nicht vertragsmäßigen Vermögensübergangs grundsätzlich abzulehnen sei oder ob nicht vielmehr auch in solchen Fällen der dem § 419 zugrunde liegende Zweckgedanke u. U. eine Haftung des Vermögensübernehmers in analoger Anwendung des § 419 rechtfertigen könnte. Auf jeden Fall aber, so führt es weiter aus, setze eine analoge Anwendung des § 419 immer voraus, daß es sich nicht nur um den Übergang einzelner Vermögensstücke des Schuldners, sondern um einen solchen des ganzen Vermögens oder doch seiner wesentlichen Bestandteile handele und daß das Vermögen nicht nur zu Besitz und Gebrauch überlassen werde, sondern ein Übergang in das Recht des Dritten, also eine Übereignung gegeben sei. Wegen Fehlens dieser Voraussetzungen wurde damals, wie auch in anderen Fällen, die Nichtanwendung des § 419 BGB. durch die Vorinstanzen gutgeheißen. Zu Unrecht nimmt die Rev. nun an, daß sich inzwischen die Sachlage wesentlich geändert habe. Sie beruft sich dazu insbes. auf den § 9 der genannten VO. des Führers und Reichskanzlers v. 24. Okt. 1934 und 11. Nov. 1934. Das RG. hat aber bereits in dem Urt. v. 28. Febr. 1935, IV 182/34 (RGZ. 147, 122 = JW. 1935, 1337 [1] m. Anm.) dargelegt, daß durch den § 9 VO. an dem bisherigen Rechtszustand noch nichts geändert sei, da eine Übereignung des Vermögens der früheren Gewerkschaften auf die Deutsche Arbeitsfront bisher noch nicht vollzogen sei, es vielmehr zunächst noch bei der Anordnung v. 12. Mai 1933 verblieben sei, durch die lediglich die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis den bisherigen Organen der Gewerkschaften entzogen und auf einen Pfleger übertragen worden ist. Denselben Standpunkt hat dann in der Folgezeit auch das RArbG. im Urt. v. 4. Dez. 1935, RAG 74/35 (abgedr.: RArbG. 26, 222 [224] = JW. 1936, 1235 [30]) eingenommen. Von dieser Rspr. abzuweichen, liegt kein Anlaß vor. Hingewiesen werden mag noch darauf, daß in § 9 der genannten VO. das Vermögen der ehemaligen Gewerkschaften und sonstigen Verbände der Deutschen Arbeitsfront keinesfalls etwa zur freien Verfügung übertragen worden ist, sondern daß es (§ 9 Abs. 1 S. 2) nur dazu bestimmt ist, den „Grundstock für die Selbsthilfeeinrichtung der Deutschen Arbeitsfront" zu bilden. Das Vermögen ist dort also einer besonderen Zweckbestimmung vorbehalten. Gedacht ist dabei an eine künftige allgemeine

Altersversorgung des deutschen Volkes im Rahmen der Deutschen Arbeitsfront und an eine Verwirklichung des Planes großzügiger Stammarbeitersiedlungen (vgl. § 9 Abs. 2 VO. und die dazu vom Reichsleiter Dr. Ley erlassenen „Grundsätzlichen Anweisungen", abgedr.: ArbRKartei, Karte „Arbeitsfront II A II Anordnungen 2 Forts."). Eine Haftung der Deutschen Arbeitsfront läßt sich danach aus § 419 BGB. heute ebensowenig herleiten wie bisher.

(RG., III. ZivSen., U. v. 26. Jan. 1937, III 61/36.) [v. B.]

*

**4. RG.** — §§ 626, 723 BGB.; §§ 92, 133 HGB. Lösung lange dauernder Vertragsverhältnisse aus wichtigem Grunde. Ein wichtiger Grund kann insbesondere gegeben sein bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern. Dies gilt auch für Miet- und Pachtverhältnisse.

Das RG. hat schon früher anerkannt, daß die Lösung lange dauernder Vertragsverhältnisse aus wichtigem Grunde nach dem in §§ 626, 723 BGB., §§ 92, 133 HGB. für die Gesellschaft und das Arbeitsverhältnis ausgesprochenen Rechtsgedanken grundsätzlich auch bei Vertragsverhältnissen anderer Art, z. B. bei Dauerlieferungsverträgen, bei nicht kartellmäßigen Nebenleistungsverpflichtungen, bei Vereinbarungen über Produktionsbeschränkungen, zulässig ist (vgl. Urteile des Senats v. 15. April 1932, II 252/31, v. 27. Febr. 1934, II 280/33 = JW. 1934, 2403[7]; RGZ. 128, 1 = JW. 1930, 1387[9]; vgl. ferner RGZ. 65, 37 [Bierbezugsvertrag]; 78, 385 [Warenbezugspflicht] = JW. 1912, 457[4]). Namentlich kann ein solcher wichtiger Grund gegeben sein bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern. Dies ist auch für Miete und Pacht angenommen worden. Das Erfordernis des persönlichen Zusammenwirkens ist auch für diese Rechtsverhältnisse schon früher nicht als der einzige Fall eines wichtigen Kündigungsgrundes angesehen worden. Unter Hinweis auf die frühere Rspr. (RGZ. 94, 234 = JW. 1919, 181; HöchstRRspr. 1933 Nr. 344) hat dies der 4. ZivSen. in dem Urteil vom 3. Febr. 1936, IV 145/35: JW. 1936, 1353[1] = RGZ. 150, 193 erneut betont und die Kündigung zugelassen, wenn die Durchführung des Vertrages durch irgend etwas gefährdet und deshalb dem Kündigenden nicht mehr zuzumuten ist. Ist so die Kündigung aus wichtigem Grunde auch bei Miete und Pacht möglich, so kann sie nicht grundsätzlich deshalb ausgeschlossen sein, weil die Weiterüberlassung des Miet- oder Pachtgegenstandes den Bedürfnissen des Mieters oder Pächters entspricht. Höchstens kann dieses Bedürfnis, wenn es besonders dringend ist und nicht auf andere Weise befriedigt werden kann, bei Abwägung der beiderseitigen Belange im Einzelfall zur Verneinung des wichtigen Grundes führen. Es ist auch keineswegs erforderlich, daß der wichtige Grund in der Person des Vertragsgenossen liegt oder gar auf dessen Verschulden beruht. Ist der Vertragsgenosse eine juristische Person, so kann der wichtige Grund auch in den Beziehungen des Kündigenden zu den Leitern derselben oder zu den Gesellschaftern liegen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 24. Nov. 1936; II 109/36.) [v. B.]

*

**5. RG.** — § 626 BGB. Der „Verdacht" als wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung. Der Dienstverpflichtete, der einen Kündigungsgrund für ungerechtfertigt hält, muß — auch in seiner Prozeßführung — sich grundsätzlich so verhalten, daß das Dienstverhältnis noch fortgesetzt werden kann. †)

I. Das BG. kommt auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, daß schon das, was zu dem Kündigungsgrund 3 des Schreibens der Bekl. v. 1. Dez. 1934 (Bestechung des Feldpolizeibeamten W.) festgestellt sei, für sich allein einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses darstelle. Es hält es für genügend, wenn als Ergebnis der Beweisaufnahme und unter Würdigung des gesamten Vorbringens der Parteien ein Sachverhalt festzustellen sei, der nicht die Unschuld des Kl. hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Beeinflussung des W. ergeben habe, sondern einen gewissen Verdacht übrig lasse, durch ein Stellenangebot auf den Vernehmungsleiter W. eingewirkt zu haben. Das BG. sei unter Berücksichtigung aller Umstände zu der Überzeugung gekommen, daß der Verdacht, daß der Kl. den W. durch Inaussichtstellen seiner Unterbringung bei der Bekl. habe veranlassen wollen, ihn in seiner gefährdeten Lage zu unterstützen, nicht ausgeräumt worden sei, sondern daß, wie in den vorhergehenden Ausführungen dargelegt sei, eine Reihe von objektiv festgestellten Tatsachen für einen solchen Verdacht bleiben. Der Kl. habe sich von dem Verdacht einer unzulässigen Einflußnahme auf W. nicht zu reinigen vermocht. Der Bekl. könne nicht zugemutet werden, eine Persönlichkeit in ihrer Geschäftsführung weiter zu dulden, die objektiv einer, wenn auch nicht strafbaren, so doch sittlich verwerflichen Handlung verdächtig ist. Die Bekl. könnte einen so hohen Angestellten, wie den Kl., nicht in ihrem Dienst belassen, obwohl der gegen ihn entstandene Verdacht nicht widerlegt worden ist. Die Rev. schließt aus diesen Ausführungen des BG., daß das BG. auch für ein Stellenangebot ohne Gegenleistung nur einen Verdacht als gegeben erachtet, also nicht etwa ein Stellenangebot ohne Gegenleistung feststellt und nur bezüglich des Stellenangebots gegen eine Gegenleistung nur einen Verdacht als vorhanden ansieht. Die Feststellung eines bestimmten Verhaltens des Kl., durch das der Verdacht erweckt wurde, sei nicht getroffen. Irgendein Verschulden des Kl. an dem Entstehen des Verdachts bestehe nicht. Es sei namentlich nicht festgestellt, daß der Kl. durch sein Verhalten nicht den Schein eines Verdachtes vermieden habe. Aus den Erwägungen des BG. ergebe sich auch nicht einmal der Verdacht, daß der Kl. den Schein nicht vermieden habe. Wenn ohne Verschulden des Kl., ja ohne sein Verhalten ein solcher Verdacht entstanden sei, nämlich dadurch, daß W., ohne eine Unterlage in dem Verhalten des Kl. dazu zu haben, über ihn Behauptungen aufgestellt habe, von denen nicht festgestellt werden könne, daß sie richtig sind, dann könne sich daraus, daß der Verdacht, daß sie richtig sind, nicht beseitigt sei, ein Kündigungsrecht für die Bekl. nicht ergeben, und zwar so lange nicht, als nicht Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich ergibt, daß den Kl. an der Entstehung dieses Verdachts ein Verschulden trifft, mindestens, daß er ihn veranlaßt hat. Nach den Ausführungen des BG. bestehe überall, also sowohl bzgl. des wirklich unredlichen Verhaltens, wie bzgl. eines verdachterweckenden Verhaltens, nur ein Verdacht. Die Führung eines anderen als des vollen Beweises gebe es nicht und nicht bewiesene Behauptungen hätten rechtlich als unrichtig zu gelten. Das Ausgeführte gelte um so mehr, als die Bekl. vor der fristlosen Kündigung den Versuch, die Sache soweit wie möglich, insbes. auch durch Anhören des Kl. aufzuklären, nicht gemacht habe, sondern das maßgebende Organ der Bekl. die Kündigung ausgesprochen habe, um die Sache im Prozeß zu klären. Wenn die Kündigung zu diesem Zwecke ausgesprochen sei, könne die Entsch. nur darauf abgestellt werden, ob der Beweis für das Vorhandensein des Kündigungsgrundes geführt ist oder nicht. Eine so ausgesprochene Kündigung könne nicht deshalb für begründet erklärt werden, weil der Gekündigte sich nicht von dem Verdacht zu reinigen vermocht habe.

Die Rev. stellt nicht in Abrede, daß auch der Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens eines Angestellten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsverhältnisses nach § 626 BGB. begründen kann. Insofern befindet sie sich in Übereinstimmung mit der Rspr. (vgl. das Urt. des Sen.: JW. 1930, 2701[30]). Diese Rspr. ergibt sich aus dem Begriff des wichtigen Grundes, der nur einen Sachverhalt voraussetzt, der bei vernünftigem Ermessen dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheinen läßt. Es kommt dabei aber nicht, wie die Rev. glaubt, darauf an, ob die Umstände, die diesen Sachverhalt herbeigeführt haben, auf einem Verschulden oder auch nur auf dem Verhalten des Arbeitneh-

mers beruhen (vgl. RArbG.: JW. 1933, 1968; 1934, 2804 [2]). Wie bei der Frage des wichtigen Grundes überhaupt ist es auch bei Gründung einer Kündigung auf einen Verdacht in erster Linie Tatfrage und somit Aufgabe des Tatrichters, zu entscheiden, ob der Verdacht so stark ist, daß dem Arbeitgeber nach vernünftigem Ermessen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Dagegen unterliegt es der Nachprüfung in der RevInst., ob bei Anwendung des Gesetzes auf einen festgestellten Sachverhalt der Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt ist. Nicht jeder Verdacht wird ausnahmslos als wichtiger Grund anzuerkennen sein. Es wird darauf ankommen, ob der Verdacht sich auf eine Tatsache bezieht, die geeignet wäre, die Fortsetzung des Dienstverhältnisses als unvereinbar mit den Interessen des Arbeitgebers erscheinen zu lassen. Es wird dabei auch die Stellung des Arbeitnehmers in dem Unternehmen von Bedeutung sein. Endlich wird es auch auf die Stärke des Verdachtes ankommen. Nicht jede Verdächtigung eines leitenden Angestellten wird ausreichen, um die Kündigung zu rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr auch, daß die Verdachtsgründe so stark sind, daß ein vernünftiger Arbeitgeber unter Berücksichtigung der ihm bekannten Persönlichkeit des Arbeitnehmers aus ihnen Mißtrauen gegen die Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers schöpfen kann. Das gegenseitige Treuverhältnis erfordert, daß der Arbeitgeber auch seinerseits die Verdachtsgründe prüft und nach Möglichkeit zur Unterstützung des Arbeitnehmers bei Aufklärung des Sachverhalts beiträgt.

Wie immer bei der Kündigung aus wichtigem Grunde trifft auch bei Behauptung eines Verdachtes den kündigenden Arbeitgeber die Beweislast. Er hat also die Tatsachen zu beweisen, aus denen sich der Verdacht ergibt. Gründet der Verdacht sich auf ein Schreiben des Angestellten, so hat er also zu beweisen, daß das Schreiben von dem Angestellten herrührt. Gründet er sich auf eine mündliche Äußerung des Angestellten, so hat er zu beweisen, daß die Äußerung gefallen ist. Eine Unzulänglichkeit des Beweismittels geht also insofern zu seinen Lasten. Ist das Beweismittel ein Zeuge, so muß durch das Zeugnis in der Regel festgestellt sein, daß die Äußerung gefallen ist, nicht nur, daß es nicht ganz ausgeschlossen ist, daß die Äußerung gefallen ist. Mindestens wird ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Aussage gefordert werden müssen, da andernfalls vom Bestehen eines Verdachtes nicht gesprochen werden kann. Von dem Angestellten kann billigerweise auch nicht verlangt werden, daß er die durch ein jeder Überzeugungskraft entbehrendes Zeugnis in die Welt gesetzte Vermutung ausräumt. Wohl trifft, wenn zunächst ein begründeter Verdacht bewiesen ist, den Angestellten die Beweislast in dem Sinne, daß er den Verdacht zu entkräften hat. Dies folgt daraus, daß an sich der begründete Verdacht einen wichtigen Grund darstellt, und daß dieser Grund so lange besteht, als der Verdacht nicht entkräftet ist.

Der Kl. glaubt nun, die Bekl. habe das Bestehen eines Verdachtes überhaupt nicht bewiesen, insbes. nicht die Behauptung, daß der Kl. dem W. überhaupt eine Stellung bei der Bekl. in Aussicht gestellt habe; höchstens könne man aus dem sog. Geständnis des W. schließen, daß der Kl. verdächtig sei, die Stelle in Aussicht gestellt zu haben. Es entfalle damit auch der aus der Äußerung etwa abzuleitende ausreichende Verdacht, daß der Zweck des Stellenangebotes die Beeinflussung W.s zugunsten des Kl. gewesen sei. Es bestehe höchstens der Verdacht eines verdachterweckenden Verhaltens. Im BU. sei ganz allgemein bzgl. jeder Art von „Inaussichtstellen einer Stellung" oder eines „Stellenangebotes", bzgl. jeder Art von verwerflicher Handlung (gegen Gegenleistung des W. oder ohne solche) nur ein Verdacht ausgesprochen.

Die Revisionsbeantwortung faßt das BU. dahin auf, daß es tatsächlich feststelle, daß der Kl. dem Untersuchungsführer W. während der Untersuchung, die einen für den Kl. ungünstigen Verlauf genommen habe, eine Stelle im Hause der Bekl. angeboten habe.

Das Urteil gibt immerhin Anlaß zu Zweifeln über das, was es als festgestellt ansieht. Es befaßt sich zunächst mit dem Wortlaut des Protokolls v. 30. Nov. 1934. Es stellt fest, daß die Angabe W.s im Protokoll, H. (der Kl.) o d e r K. hätten ihm eine Stelle bei der Bekl. in Aussicht gestellt, insofern unrichtig sei, als K. nicht in Frage kommen könne. Daraus und aus anderen Tatsachen wird dann der Schluß gezogen, W. möge bei seiner Vernehmung am 30. Nov. 1930 zunächst den Versuch gemacht haben, die Personenfrage unbestimmt zu lassen. Seine Aussage in Verbindung mit den erwähnten Umständen lasse aber nur die Möglichkeit übrig, daß der Kl. am 20. Okt. 1934 allein in Abwesenheit des K. dem W. zugesagt habe, daß er jederzeit bei der Bekl. unterkommen könne. Diese Ausführung läßt dem Zweifel Raum, ob die Aussage des W. nach Weglassung der unwahren Angabe über K. der Wahrheit entspricht, ob also das BG. von der Wahrheit der gereinigten Aussage W.s überzeugt ist oder ob es nur sagen wollte, wenn die Aussage W.s überhaupt etwas beweise, könne sie höchstens dafür verwertet werden, daß nicht K. sondern der Kl. das Stellenangebot gemacht habe, ohne hier zu sagen, ob die Aussage diese Beweiskraft zum Nachteil des Kl. habe. Wenn es im folgenden ausführt, der Kl. habe die Bedeutung der berichtigten Aussage W.s erkannt und deshalb seine Aussage zu widerlegen versucht, der Versuch sei ihm aber nicht gelungen, so bliebe auch hier noch die Möglichkeit, die Ausführungen des BG. dahin auszulegen, daß W.s Aussagen zwar nicht voll beweisend seien, aber doch einen Verdacht zurückließen, den der Kl. durch Nachweis der Unrichtigkeit der Aussage W.s widerlegen müsse. Im Rahmen der Ausführungen über das Mißlingen des Beweisversuchs des Kl. bemerkt dann das BG., daß gerade der Umstand, daß W. am 30. Nov. 1934 sich sogar noch seiner Weitererzählung des Stellenangebots durch den Kl. an Sch. erinnert habe, beweise, welche bestimmte Vorstellung W. damals von dem Vorfall gehabt haben muß, und daß diese damalige Vorstellung der Erzählung an Sch. entsprochen haben muß, deren Inhalt wiederum den Sachverhalt so wiedergegeben haben mußte, wie er in Wirklichkeit gewesen war. Die nachfolgenden Ausführungen lassen sich aber so auffassen, daß das BG. noch Bedenken gegen die volle Beweiskraft der Aussage W.s hinsichtlich des Stellenangebots gerade durch den Kl. hatte. So spricht es von der „V e r m u t u n g", daß W. schließlich aus keinem anderen Grunde, als um sich von dem Gewissensdruck zu befreien, das Stellenangebot durch den Kl. zugegeben hat. In der Ausführung darüber, ob das Stellenangebot zu dem Zwecke erfolgt sei, den W. zu seinen Gunsten zu beeinflussen, billigt das BG. die Ansicht des LG. in einem anderen Rechtsstreit des Kl. (gegen Kat.), bei der Lage der Untersuchung zur Zeit des Angebots, die eine ausgesprochene Spitze gegen den Kl. gehabt habe und der mit seiner Verhaftung gerechnet habe, könne er damit nur den Zweck verfolgt haben, den Beamten zu beeinflussen und ihn zu einer ihm günstigen Einstellung zu bestimmen. Das BG. stellt aber dann nicht fest, daß der Kl. das Angebot zu dem bezeichneten Zweck gemacht habe. War das BG. fest überzeugt, daß der Kl. das Stellenangebot gemacht habe, und daß dies zur Beeinflussung des W. bei der Untersuchungsführung geschehen sei, so hätte es die Feststellung treffen müssen, daß der Kl. den Bestechungsversuch gemacht habe, der ihm im Kündigungsschreiben vorgeworfen wurde und dessen Vorwurf die Bekl. im Prozeß aufrechterhalten hat. Es hätte also darin den wichtigen Grund zur Entlassung finden müssen. Statt dessen läßt es seinen Ausführungen die Bemerkung folgen, daß es nicht darauf ankomme, ob der Kl. nach der Bekundung des W. sich der versuchten oder vollendeten Bestechung schuldig gemacht habe; es genüge, wenn als Ergebnis der Beweisaufnahme und unter Würdigung des gesamten Vorbringens der Parteien ein Sachverhalt festzustellen sei, der nicht die Unschuld des Kl. hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Beeinflussung des W. ergeben habe, sondern einen „gewissen" Verdacht übrig lasse, durch ein Stellenangebot auf den Vernehmungsleiter W. eingewirkt zu haben; der Sen. sei der Überzeugung, daß der Verdacht nicht ausgeräumt sei, sondern daß eine Reihe von objektiv festgestellten Tatsachen für einen solchen Verdacht bestehen bliebe. Hiernach ist damit zu rechnen, daß das BG. auch das Stellenangebot selbst nicht für positiv festgestellt, sondern nur das Fortbestehen eines Verdachts des Angebots und daraus folgend des Verdachts, daß das Angebot zum Zwecke der Beeinflussung des W. geschehen sei, als bewiesen ansieht. Blieb aber nur der Verdacht eines Verdachtes übrig, so bedurfte es noch besonders sorgfältiger Prüfung, ob er ausreichte, um einen langjährigen hervorragenden

Angestellten aus seiner Stellung fristlos zu entlassen. Die Rev. rügt Verkennung der Beweislast, wenn das BU. ausführe, der vom Kl. versuchte Nachweis der Unrichtigkeit des Geständnisses W.s sei nicht gelungen. Nicht der Kl. habe die Unrichtigkeit des Geständnisses zu beweisen, sondern die Bekl. seine Wahrheit.

Eine Verkennung der Beweislast liegt nach den oben angegebenen Grundsätzen nicht vor, wenn das BG. in einwandfreier Weise festgestellt hat, daß ein ernst zu nehmender Verdacht bestand. Dann war es Aufgabe des Kl., diesen zu entkräften. Allerdings brauchte der Kl. nicht seine Unschuld zu beweisen, das Geständnis also so weit zu widerlegen, daß seine Unschuld feststand. Dies wollte das BG. aber verlangen, wenn es sagt, es sei ein Sachverhalt festzustellen, der nicht die Unschuld des Kl. hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Beeinflussung des W. ergeben hat, sondern einen gewissen Verdacht übrig läßt, durch ein Stellenangebot auf W. eingewirkt zu haben. Hat das BG. diesen Nachweis der Unschuld verlangt, so war dies rechtsirrtümlich, ebenso wie wenn es auch einen ganz schwachen Verdacht, der vernünftigerweise von einem Arbeitgeber gegenüber einem langjährigen und erprobten leitenden Angestellten nicht beachtet wird, als Kündigungsgrund angesehen hat. Das BU. läßt auch nicht klar erkennen, was der BerR. unter einem „gewissen" Verdacht versteht. Bei der großen Tragweite der Entsch. wäre es nötig gewesen, daß sich das BU. genauer über den Grad des verbliebenen Verdachtes ausgesprochen hätte. Dabei wäre auch die Bedeutung des Verdachtes für die Bekl. und damit die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses für die Bekl. zu erörtern gewesen. Der Verdacht und seine Stärke kann je nach seinem Inhalt und der Art des Unternehmens im einzelnen Fall von verschiedener Bedeutung sein. Handelte es sich wie im Falle RArbG. 16, 12 um den Verdacht der Bedrohung mit einem Sabotageakt, durch den Leben der Betriebsangehörigen und große Vermögenswerte gefährdet werden, so kann schon ein geringerer Verdacht ausreichen, als in anderen Fällen, in denen die Gefährdung des Unternehmens geringer ist. Gerade der Umstand, daß nicht jede Verdächtigung ausreicht, um einen Angestellten zu entlassen, hätte dem BG., auch um dem Standpunkt der Bekl. im Kündigungsschreiben gerecht zu werden, Anlaß geben müssen, klar zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der Kl. einen Bestechungsversuch gemacht hat.

Hiernach läßt sich das BU., soweit es auf den Verdacht des unzulässigen Angebots einer Stellung an W., als selbständigen wichtigen Grund gestützt ist, nicht halten.

II. Dem allgemeinen Grundsatz der Rev., daß die Kündigung nicht auf Umstände gestützt werden könne, die mit einer bis dahin ungerechtfertigten Kündigung zusammenhängen, kann nicht zugestimmt werden. Der Dienstverpflichtete, der eine ausgesprochene Kündigung für ungerechtfertigt hält und deshalb auf Weiterzahlung seines Gehaltes klagt, muß sich auch hinsichtlich seiner Verpflichtungen aus dem Dienstverhältnis auf den Standpunkt stellen, daß dieses noch fortbesteht. Er muß also sein Verhalten so einrichten, daß das Dienstverhältnis auch fortgesetzt werden kann. Auch bei der Prozeßführung, namentlich in Schriftsätzen und in Behauptungen und Vorwürfen gegen den Dienstberechtigten muß er die nötige Zurückhaltung üben und darf nicht hemmungslos Behauptungen aufstellen, insbes. über Vorgänge, die mit dem Rechtsstreit nichts zu tun haben. Jedenfalls gilt dies so lange, als damit zu rechnen ist, daß der Dienstberechtigte bei Nichtanerkennung des wichtigen Grundes durch das Gericht die Dienste wieder in Anspruch nehmen werde. Nur wenn der Dienstberechtigte unzweideutig erklärt, oder aus seinem Verhalten zu erkennen ist, daß er die Dienste auf keinen Fall mehr in Anspruch nehmen werde, auch wenn er seinerseits die Dienstvergütung leisten muß, z. B., wenn er die nur einmal im Betriebe vorhandene Stelle mit langjährigem Vertrag anderweit besetzt, oder wenn die maßgebenden Personen des Unternehmens auf keinen Fall mehr mit dem Dienstverpflichteten zusammen arbeiten wollen, wird in der Regel kein Kündigungsgrund daraus abgeleitet werden können, daß der Dienstverpflichtete nach der Kündigung durch sein Verhalten eine Zusammenarbeit mit ihm unmöglich gemacht habe. Andererseits sind Handlungen, die mit der Kündigung zusammenhängen, mit Rücksicht auf das bestehende Kampfverhältnis nach Lage des Einzelfalls u. U. anders zu werten, als wenn die Kündigung nicht ausgesprochen worden ist (RGWarn. Jahrb., ErgBd. 1911 Nr. 176). Von dem Grundsatz ausgehend, daß die Frage des wichtigen Grundes eine Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses ist, wird zu prüfen sein, ob ein Verhalten des Dienstberechtigten milder zu beurteilen ist, wenn durch den Ausspruch der Kündigung schon eine Störung des persönlichen Verhältnisses eingetreten ist. Vor allem wird auch zu beachten sein, daß der Dienstberechtigte um seine Existenz kämpft, und daß er durch ihm gemachte Vorwürfe erregt sein kann, auch wenn er eine Erklärung nicht mündlich, sondern schriftlich nach einer gewissen Überlegungsfrist abgibt. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß gerade durch die Prozeßführung an sich und ihre Art vielfach die Gegensätze verschärft werden und jede Partei geneigt ist, das Ergebnis einer Verhandlung für sich besonders günstig, für den anderen ungünstig anzusehen. In dem Festhalten an einem im Prozeß eingenommenen Standpunkt wird man daher nur dann einen Verstoß gegen die Pflichten des Dienstverpflichteten finden können, wenn seine Auffassung sich offensichtlich als unrichtig herausgestellt hat.

(RG., II. ZivSen., U. v. 20. Nov. 1936, II 110/36.) [K.]

**Anmerkung:** Die Entsch. ist bemerkenswert. Das RG. betont hier den in der Praxis noch immer bisweilen übersehenen Grundsatz, daß die Annahme eines wichtigen Grundes zu fristloser Entlassung nicht notwendig ein Verschulden auf seiten des Beschäftigten oder den Nachweis eines solchen voraussetze. Das entspricht der auch vom RArbG. erst kürzlich ausgesprochenen Auffassung, wonach der schwerwiegende Verdacht eines Vertrauensbruchs, „mag auch der Vertrauensbruch selbst nicht erwiesen oder erweisbar sein", die Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber ohne weiteres als nicht mehr zumutbar erscheinen läßt: RArbG. 16, 364 = JW. 1936, 2945 [48]. Der vorl. Fall hat dem RG. Veranlassung gegeben, diesen Gedanken weiter zu entwickeln durch den Hinweis, daß nicht ausnahmslos jeder Verdacht als wichtiger Grund anzuerkennen sei. Es werden hierbei eine Reihe von Gesichtspunkten gezeigt, unter denen solchenfalls die Sachlage geprüft werden soll. Der Verdacht muß sich auf eine Tatsache beziehen, die geeignet wäre, die Fortsetzung des Dienstverhältnisses als unvereinbar mit den Interessen des Arbeitgebers erscheinen zu lassen. Hierbei soll die Stellung des Arbeitnehmers in dem Unternehmen ins Auge gefaßt und namentlich die Stärke des Verdachts erwogen werden; die Verdachtsgründe müssen so stark sein, „daß ein vernünftiger Arbeitgeber aus ihnen Mißtrauen gegen die Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers schöpfen kann". Vor allem aber verlangt das gegenseitige Treuverhältnis, „daß der Arbeitgeber auch seinerseits die Verdachtsgründe prüft und nach Möglichkeit zur Unterstützung des Arbeitnehmers bei Aufklärung des Sachverhalts beiträgt". Schon in der oben mit angeführten Entsch. v. 4. Okt. 1929: JW. 1930, 2701 [30] hatte das RG. hervorgehoben, daß das Verhältnis zwischen einer Genossenschaft und ihrem besoldeten Vorstandsmitglied auf gegenseitigem Vertrauen beruhe, und daß deshalb das Treuverhältnis auch auf seiten der Gesellschaft sorgsame Prüfung erfordere, wenn sich der Verdacht einer pflichtwidrigen Handlung erhebe. Es zeigt sich hier, daß der höchste Gerichtshof den Gedanken der Treue als einen ausschlaggebenden, die gegenseitigen Verpflichtungen bestimmenden Grundzug des Arbeitsverhältnisses schon, bevor er im ArbOG. positives Recht geworden war, erkannt und durch die Verwirrung der Zeit unbeirrt hindurchgetragen hat.

Wenn das RG. des weiteren hervorhebt, daß der Dienstverpflichtete, der sich zu Unrecht entlassen glaubt und deshalb die Rechte aus dem Dienstverhältnis in Anspruch nimmt, auch hinsichtlich seiner Verpflichtungen sich auf den Standpunkt stellen muß, daß das Dienstverhältnis noch fortbesteht, so beruht diese Erwägung wohl ebenfalls auf dem Gedanken der Treupflicht. Der erk. Sen. hat den gleichen Standpunkt schon vor drei Jahren in RGZ. 142, 175 = JW. 1934, 281 (m. Anm. Titze) vertreten.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

**** 6. RG. — §§ 779, 242 BGB.**

**1. Dem Festhalten an einem auf irriger Geschäftsgrundlage zustande gekommenen Vergleich kann u. U. der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden (vgl. RGZ. 152, 403 = JW. 1937, 678[4] m. Anm.).**

**2. Die Geltendmachung des Einwands aus § 242 BGB. hat nicht die Folge, daß der Vergleich — wie im Falle des § 779 BGB. — im ganzen als unwirksam anzusehen ist. Sie gibt vielmehr nur zu der Prüfung Anlaß, ob und inwieweit das Festhalten des Gegners am Vergleich durch den anderen Vertragsteil auf Erlangung eines den guten Sitten zuwiderlaufenden Vorteils gerichtet ist.**

(RG., VII. ZivSen., U. v. 16. Febr. 1937, VII 233/36.) [W. R.]

*

**7. RG.** — §§ 1, 14 UnlWG. Im Wettbewerbszweck dürfen auch wahre Tatsachen ehrverletzender Art nicht verwendet werden, namentlich nicht in der Öffentlichkeit, wenn dies nicht durch berechtigte Interessen gefordert wird (Abwehrzweck) (vgl. RGZ. 115, 416 = JW. 1927, 1365; JW. 1933, 1454[4]). Andrerseits wäre der Abwehrzweck bei einer unwahren Mitteilung solcher Art nicht geeignet, die Verurteilung zur Unterlassung in der Zukunft zu hindern, da niemand ein berechtigtes Interesse an der Verbreitung unwahrer Behauptungen haben kann (RGZ. 95, 343 = JW. 1919, 721; RGZ. 124, 253 [260] = JW. 1929, 2339; RGZ. 140, 393 [402] = JW. 1932, 2858[5]; JW. 1934, 408[4] [410]).

(RG., II. ZivSen., U. v. 27. Nov. 1936; II 41/36.) [v. B.]

*

**** 8. RG. — § 2 Satz 2 PatG. v. 5. Mai 1936 findet auf die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erteilten Patente Anwendung.**

Auf die Behauptung der offenkundigen Vorbenutzung, mit der die Nichtigkeitsklage in erster Reihe begründet worden war, kann die Klage nach dem Inkrafttreten des PatG. vom 5. Mai 1936 nicht mehr gestützt werden, weil die von dem Kl. behaupteten Fälle offenkundiger Vorbenutzung gemäß § 2 Satz 2 PatG. n. F. als neuheitschädlich nicht mehr in Betracht kommen. Die Neuheitschädlichkeit muß nach den Vorschriften des neuen Gesetzes beurteilt werden, obwohl das angegriffene Patent vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes erteilt worden ist. § 57 Abs. 1 PatG. n. F. bestimmt, daß die Rechtsverhältnisse der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erteilten Patente sich nach den Vorschriften des neuen Gesetzes richten, soweit in diesem nicht anderes bestimmt ist. Zu den Rechtsverhältnissen eines Patentes gehört auch sein rechtlicher Bestand und sein Schutzumfang. Wenn diese nach den Vorschriften des Gesetzes v. 5. Mai 1936 beurteilt werden sollen, so folgt daraus, daß der Entsch. über die Neuheitschädlichkeit der vom Kl. behaupteten Vorbenutzungen die neue Fassung des § 2 PatG. zugrunde zu legen ist. Denn sowohl für den rechtlichen Bestand eines Patents als auch für seinen Schutzumfang ist es von Bedeutung, ob dem Patent eine innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung erfolgte offenkundige Vorbenutzung als neuheitschädlich entgegengehalten werden kann oder nicht. Daß die Neuheitschädlichkeit einer Vorbenutzung für die im Nichtigkeitsstreit zu treffende Entsch. über den rechtlichen Bestand des Patents von Bedeutung ist, bedarf keiner Begründung. Aber auch für die Entsch. über den Schutzumfang im Verletzungsprozeß ist es unter Umständen von Bedeutung, ob eine offenkundige Vorbenutzung zu berücksichtigen ist oder nicht. Das RG. hat sich in jetzt ständiger Rspr. auf den Standpunkt gestellt, daß der Schutzumfang eines Patentes eng auf die gezeigte Ausführungsform zu beschränken ist, wenn die Prüfung des Standes der Technik ergibt, daß der Erfindungsgedanke des Patentes bei der Anmeldung nicht mehr neu gewesen ist (RGZ. 139, 155 = JW. 1933, 2211[7] m. Anm.; RGZ. 140, 366 = JW. 1933, 2130[15] m. Anm.). Es kann deshalb auch für den Schutzumfang eines Patents von entscheidender Bedeutung sein, ob die Neuheitschädlichkeit einer Vorbenutzung deshalb verneint werden muß, weil die Vorbenutzung innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung des Patentes erfolgt ist und auf der Erfindung des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers beruht. Daß dies der Sinn der Übergangsbestimmung des § 57 Abs. 1 PatG. n. F. ist, wird durch die Regelung anderer Übergangsbestimmungen bestätigt. § 59 Abs. 1 PatG. n. F. bestimmt, daß für die Weiterbehandlung der vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes eingegangenen Anmeldungen die Vorschriften des neuen Gesetzes maßgebend sind. Danach muß auch ein bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes v. 5. Mai 1936 angemeldetes Patent trotz offenkundiger Vorbenutzung erteilt werden, wenn die Vorbenutzung innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung stattgefunden hat und auf der Erfindung des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers beruht. Dann erscheint es aber nicht gerechtfertigt, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes bereits erteilten Patente anders zu beurteilen, obwohl sie zur selben Zeit oder später angemeldet sein können als ein Patent, das erst nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes erteilt ist, weil die Prüfung längere Zeit in Anspruch genommen hat. Die neuen Bestimmungen über die Neuheitschädlichkeit von Vorveröffentlichungen und Vorbenutzungen sollen Unbilligkeiten ausschließen, die sich dann ergeben haben, wenn der Erfinder sein Gedankengut nicht mit der bisher erforderlichen peinlichen Sorgfalt davor geschützt hatte, daß es in der letzten Zeit vor der Anmeldung zur Geheimhaltung nicht verpflichteten Dritten bekanntgeworden war. Es besteht kein innerer Grund, warum diese Wohltat nicht auch den vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes erteilten Patenten zugute kommen soll. Die Rücksichtnahme auf gutgläubige Dritte, die das Patent im Vertrauen auf eine in den letzten sechs Monaten vor der Anmeldung erfolgte Veröffentlichung oder offenkundige Vorbenutzung in Benutzung genommen hatten, kann zu einer abweichenden Stellungnahme nicht nötigen. Denn schadensersatzpflichtig haben sich gutgläubige Dritte durch eine im Vertrauen auf den bisherigen Rechtszustand vorgenommene Benutzung nicht gemacht. Daß sie aber für die Zukunft genötigt sind, das Verdienst des Erfinders durch die Unterlassung weiterer Benutzung zu achten oder eine Lizenz zu erwerben, kann nicht als unbillig bezeichnet werden.

Wenn man von der Anwendbarkeit des § 2 Satz 2 PatG. n. F. ausgeht, müssen die vom Kl. geltend gemachten Fälle offenkundiger Vorbenutzung außer Betracht bleiben, weil sie sämtlich in das Jahr 1924, also in die letzten sechs Monate vor der am 27. Mai 1924 erfolgten Anmeldung des Patents, fallen. Allerdings hat der Nichtigkeitskl. behauptet, daß die Firma J. W. E. schon im Jahre 1923 Schleudern zum Reinigen von Papierzeug mit stufenförmiger Trommel serienweise gebaut habe. Aber er hat nicht geltend gemacht, daß schon in dieser Herstellung eine offenkundige Vorbenutzung zu finden sei. Diese soll nach der Darstellung des Kl. vielmehr zum ersten Male im Jan. 1924 dadurch stattgefunden haben, daß eine von der Firma J. W. E. hergestellte Maschine auf dem Fabrikhof der Firma einer Anzahl betriebsfremder, zur Geheimhaltung nicht verpflichteter Interessenten vorgeführt worden ist. Diese Vorbenutzung beruht auf der Erfindung des Rechtsvorgängers der jetzigen Patentinhaberinnen. (Wird ausgeführt.)

(RG., I. ZivSen., Urt. v. 19. Dez. 1936, I 62/36.) <= RGZ. 153, 174.>

*

**** 9. RG. — 1. Ein vor dem 1. Okt. 1936 entstandenes Vorbenutzungsrecht an einer Erfindung bleibt bestehen, auch wenn es jetzt nicht mehr entstehen könnte.**

**2. Unter den Schutz des Vorbenutzungsrechts fällt nicht die Fabrikation, die ein Dritter mit Genehmigung des Berechtigten nach den technischen Lehren des Patents betreibt, wenn im übrigen ein bestimmender Einfluß des Berechtigten auf Art und Umfang der Herstellung und des Vertriebs nicht besteht.**

Die Kl. ist Inhaberin des mit Wirkung v. 7. Aug. 1920

erteilten DRP. 406 267 betr. eine elektrische Gaslampe, für dessen Altersrang die Rechte aus der holländischen Anmeldung v. 27. Aug. 1919 beansprucht sind. Der einzige Patentanspruch lautet:

„Elektrische Gaslampe mit Zündhilfselektrode und dieser Hilfselektrode vorgeschaltetem Widerstande, dadurch gekennzeichnet, daß der Hilfselektroden-Vorschaltwiderstand derart groß ist, daß bei normalem Brennen der Lampe die zwischen der Hilfs- und Hauptelektrode durchgehende Entladung eine zu vernachlässigende kleine Stromstärke hat, und daß die Hilfselektrode samt ihrem Vorschaltwiderstande dabei dauernd eingeschaltet bleibt."

Die Bekl. stellt Glühkathodengleichrichter her und vertreibt sie. Dabei wendet sie Gleichrichterröhren mit Hilfselektrode und vorgeschaltetem Widerstand, deren kennzeichnende Merkmale denen des DRP. 406 267 entsprechen. Deshalb erblickt die Kl. in der Herstellung und dem Vertrieb solcher Gleichrichter eine unzulässige Benutzung ihres Patents und hat Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadenersatzpflicht der Bekl. erhoben. Die Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt und in erster Linie geltend gemacht, daß sie unter dem Schutz eines von der A.-Fabrik Aktiengesellschaft in B. (= Afa.) erworbenen Vorbenutzungsrechts gehandelt und schließlich durch Vertrag mit dieser Firma mit Wirkung v. 16. Juni 1934 ab das Vorbenutzungsrecht als Zubehör des insoweit übernommenen Produktionsbetriebes erworben habe. Deshalb habe sie zu keiner Zeit widerrechtlich gehandelt. Daß die Afa. das Vorbenutzungsrecht erworben habe, ergebe sich aus einer Veröffentlichung ihres damaligen Leiters Dr. G. in der Zeitschrift „Helios" v. 4. Juli 1920, der die schon 1919 begonnene Fabrikation entspreche, die seit dem 1. Febr. 1928 nur dahin geändert worden sei, daß die Zündhilfselektrode näher der kalten Elektrode als der Glühkathode angeordnet sei. Die Bekl. habe zunächst auf Grund eines Vertrages v. 11. Sept. 1919 der Afa. für die von dieser hergestellten montierten Glaskörper die Widerstände und sonstigen Zubehörteile geliefert; diese seien von der Afa. eingebaut und die jetzige Apparatur sei an die Abnehmer, insbes. an die Kundschaft der Bekl. geliefert worden. Später habe die Bekl. zwar die Montierung der Zubehörteile selbst vorgenommen und die für ihre eigene Kundschaft bestimmten Gleichrichter nicht erst an die Afa. abgeliefert; aber immer habe sie bei der Herstellung nach den Weisungen der Afa. und deshalb unter dem Schutz des Vorbenutzungsrechts gehandelt.

Außerdem hat die Bekl. geltend gemacht, daß das Patent 406 267 sich nicht auf Gleichrichter beziehen könne, weil der Erfindungsgedanke dieses Patents im Hinblick auf Gleichrichter durch die am 25. Juni 1919 auszugsweise erfolgte Veröffentlichung des britischen Patents 125 646 bereits vor Anmeldung des Klagepatents bekannt gewesen sei.

Die Kl. hat die Darstellung der Bekl. bestritten, insbes. ausgeführt, daß die Bekl. in der für den Schadenersatz allein in Betracht kommenden Zeit niemals unter dem Schutz eines Vorbenutzungsrechts der Afa. gearbeitet und auch ein solches Recht nicht erworben habe.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das KG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die Rev. der Kl. wurde zurückgewiesen, soweit das angefochtene Urteil sich auf die Zeit nach dem 15. Juni 1934 bezieht. Im übrigen wurde die Sache an das KG. zurückverwiesen.

1. Das angefochtene Urteil nimmt zur Frage der Patentbenutzung nicht abschließend Stellung durch Abgrenzung des Schutzumfangs des Klagepatents. Vielmehr erwägt es die beiden durch die Verteidigung der Bekl. gegebenen Möglichkeiten und kommt in jedem Falle zur Verneinung einer Patentverletzung. Wäre der Erfindungsgedanke des Klagepatents für Gleichrichter bereits vor der Anmeldung des Klagepatents durch Veröffentlichung bekannt gewesen, so würde der Schutz des Klagepatents sich nicht auf Gleichrichter erstrecken können; andernfalls aber könne die Bekl. sich auf das Vorbenutzungsrecht der Afa. berufen und habe dann ebenfalls das Klagepatent nicht verletzt. Gegen diese Behandlungsweise der Grundlage des Rechtsstreits ist nichts einzuwenden, auch die Rev. beanstandet sie nicht. Danach muß von der Unterstellung ausgegangen werden, daß der Stand der Technik eine Beschränkung des Patentschutzes aus DRP. 406 267 auf elektrische Gaslampen mit Ausschluß von Gleichrichterröhren nicht bedingt. Für die RevInst. ist also davon auszugehen, daß dieser Schutz sich auf alle elektrischen Gaslampen erstreckt, bei denen der Hilfselektrode ein Widerstand vorgeschaltet ist und dieser Widerstand, einschließlich des Übergangswiderstandes zwischen Hilfs- und Hauptelektrode, derart groß ist, daß die durchgehende Entladung eine zu vernachlässigende kleine Stromstärke hat, weshalb auch die Hilfselektrode dauernd eingeschaltet bleibt. Von diesem Erfindungsgedanken machen die beanstandeten Gleichrichterröhren der Bekl. zweifellos Gebrauch, so daß die von der Kl. behauptete Patentverletzung festgestellt werden muß, wenn das Verhalten der Bekl. nicht durch das von ihr behauptete Vorbenutzungsrecht gedeckt wird.

2. Voraussetzung hierfür ist, daß das behauptete Vorbenutzungsrecht zur Zeit der Anmeldung des Klagepatents überhaupt entstehen konnte. Das könnte im Hinblick auf das bei der Anmeldung des DRP. 406 267 beanspruchte Prioritätsrecht auf Grund einer holländischen Patentanmeldung v. 27. Aug. 1919 zweifelhaft sein. Das KG. hat diese Frage in der Urteilsbegründung nicht erörtert, was die Rev. bemängelt. Zur Aufhebung des angefochtenen Urteils könnte dieser Mangel jedoch nur dann führen, wenn bei Unterstellung der von der Kl. behaupteten Tatsachen das Vorbenutzungsrecht der Afa. gar nicht hätte entstehen können. Das aber ist nicht der Fall. Für die Frage der Entstehung eines Vorbenutzungsrechts kann nur das zur Zeit der Anmeldung des Klagepatents geltende Recht maßgeblich sein; das heutige Recht könnte nur in Betracht kommen, falls sich daraus etwa eine Vernichtung des vorher entstandenen Vorbenutzungsrechts oder eine Änderung seines Inhalts ergeben sollte. Zur Zeit der Patentanmeldung bestimmte sich die rechtliche Bedeutung des Prioritätsrechts nach Art. 4 UV. in der Washingtoner Fassung, wonach dieses Recht nur „vorbehaltlich der Rechte Dritter" entsteht. Damit wird nach deutscher Rspr. die Entstehung eines Vorbenutzungsrechts im Prioritätsintervall gedeckt (RGZ. 99, 145 = JW. 1920, 834). Nach dem vorgetragenen Sachverhalt sind jedoch keinerlei Gesichtspunkte ersichtlich geworden, die im Hinblick auf die bisherige Rspr. (RGZ. 123, 58 = JW. 1929, 1190; RG.: JW. 1927, 1557; 1933, 2518) das BG. zu der Prüfung genötigt hätten, ob ein Vorbenutzungsrecht überhaupt entstehen konnte. Nichts war dafür vorgebracht, daß auch nur der Verdacht einer Unredlichkeit bei Erlangung der die Grundlage jedes Vorbenutzungsrechts bildenden Kenntnis des Erfindungsgedankens bestehe. Ebensowenig waren irgendwelche Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß die Afa. mit einer der holländischen entsprechenden deutschen Anmeldung hätte rechnen müssen; hierfür wäre mindestens Kenntnis von der holländischen Anmeldung auf seiten der Afa. erforderlich gewesen, mit der die Kl. offenbar selbst nicht rechnet. Dann brauchte das KG. die Entstehung des streitigen Vorbenutzungsrechts in dieser Richtung nicht zu erörtern, die gegenteilige Auffassung der Rev. kann nicht gebilligt werden.

3. Es ist zweifellos, daß ein Vorbenutzungsrecht der Bekl. oder der Afa. nach dem 1. Okt. 1936 gegenüber einem Prioritätsrecht der Kl. nach § 7 Abs. 3 PatG. nicht mehr entstehen könnte. Nachdem es aber einmal — die übrigen Voraussetzungen seiner Entstehung unterstellt — im Jahre 1920 als ein subjektives Recht der Afa. entstanden ist, kann heute auf Grund der Umgestaltung des Patentrechts nur erörtert werden, ob durch die Gesetzesänderung etwa solche Vorbenutzungsrechte beseitigt sind, die heute nicht mehr entstehen könnten. Aus den Übergangsvorschriften der §§ 57 ff. PatG. ergibt sich hierfür keinerlei Anhalt. Andererseits handelt es sich bei Erörterung des Bestehens von Vorbenutzungsrechten auch nicht etwa um die neuerliche Feststellung des Inhalts des betroffenen Patents. Denn das Vorbenutzungsrecht stellt nicht etwa eine Belastung des Rechts am Patent dar, bedeutet vielmehr die Anerkennung des auf Kenntnis und Erkenntnis des Erfindungsgedankens beruhenden Besitzstandes in den Grenzen seiner ausgeübten oder doch vorbereiteten Benutzung. Soweit dieser rechtlich geschützte

Besitzstand reicht, kann der Patentschutz gar nicht entstehen; deshalb ist es auch nicht gerechtfertigt, den Bereich des Patentschutzes nachträglich durch Beseitigung von Vorbenutzungsrechten zu erweitern, zumal die Entstehung und der Bestand solcher Rechte auch durch das geltende Gesetz anerkannt wird.

4. Es bedarf deshalb nun der weiteren Prüfung, ob das von der Bekl. geltend gemachte Vorbenutzungsrecht der Afa. in dem geltend gemachten Umfang entstanden ist und ob es die beanstandeten Handlungen der Bekl. deckt.

Das KG. verkennt trotz seiner nicht ganz scharfen Ausdrucksweise offenbar nicht, daß die Bekl. in den beiden Tatsacheninstanzen in vollem Umfang die Beweislast für die Entstehung und den Umfang des von ihr einredeweise geltend gemachten Vorbenutzungsrechts trägt. Insoweit erhebt auch die Rev. keinen Vorwurf gegen das angefochtene Urteil. Diesem ist aber auch insoweit zuzustimmen, als es sich mit der Feststellung des Umfangs des der Afa. entstandenen Vorbenutzungsrechts befaßt; ein Rechtsirrtum ist hierbei nicht ersichtlich. Das KG. beschränkt sich hier im wesentlichen darauf, die diesbezüglichen Ausführungen des LG. zu billigen. Dagegen ist rechtlich nichts einzuwenden, weil die Ausführungen des LG. nicht zu beanstanden sind. Das LG. vergleicht die Gestaltung des Gleichrichters der Afa., wie er in der Zeitschrift „Helios“ v. 4. Juli 1920 beschrieben ist und offenbar zunächst allein ausgeführt wurde, mit dem im Patent 406 267 offenbarten Erfindungsgedanken. Dabei stellt es fest, daß der Gleichrichter der Afa. damals eine Hilfselektrode in der Nähe der Glühkathode hatte, während das DRP. 406 267 nichts darüber sagt, ob die Hilfselektrode mehr in der Nähe der Glühkathode oder mehr in der Nähe der kalten Elektrode (Anode) anzuordnen sei. Letzteres hatte die Kl. behauptet; es ist aber nicht zu beanstanden, wenn das LG. aus der Patentschrift ohne weiteres entnimmt, daß dort nirgends von einer besonders zweckmäßigen Gestaltung durch Anordnung der Hilfselektrode nahe der Anode die Rede ist. Dann kommt es darauf ab, ob die Afa. den so umgrenzten allgemeinen Erfindungsgedanken des Klagepatents in vollem Umfang erkannt hat, nämlich den Gedanken, eine Hilfselektrode mit hochohmigem Widerstand in der Nähe e i n e r der Hauptelektroden zum Zwecke der Zündungsbewirkung anzuordnen. Dieses folgert das LG. aus dem oben erwähnten Aufsatz im „Helios“. Dabei handelt es sich im wesentlichen um eine tatsächliche Feststellung, die der Nachprüfung entzogen ist, da sie selbst rechtsirrtumsfrei getroffen ist. Es ist aber auch die weitere Begründung des LG. nicht zu beanstanden. Die auf Kenntnis und Erkenntnis des allgemeinen Erfindungsgedankens beruhende Benutzung einer bestimmten Ausführungsform dieses Gedankens schafft ein Vorbenutzungsrecht nicht nur im Umfang der tatsächlichen Benutzung (RGZ. 133, 380 = JW. 1932, 1830 [8]; RG.: GRUR. 1935, 157), sondern auch hinsichtlich einer abweichenden Form, in welcher jener Erfindungsgedanke wiedergegeben werden kann (PatMustZeichBl. 1911, 291). Es ergreift allerdings nicht verbesserte oder zweckmäßigere Ausführungsformen des Erfindungsgedankens, die erst das Patent offenbart hat (RGZ. 133, 380 = JW. 1932, 1830 [8]; P i e t z c k e r, Anm. 17 zu § 5). Eine solche hat aber, wie bereits erörtert, das Klagepatent gar nicht gezeigt. Dann deckt, wie LG. mit Recht weiter sagt, das Vorbenutzungsrecht der Afa. auch die als Verbesserung beanstandete neue Anordnung der Hilfselektrode nahe der Anode, so daß in solcher konstruktionellen Maßnahme eine Patentverletzung nicht erblickt werden kann.

5. Dagegen muß beanstandet werden, daß das angefochtene Urteil bei Prüfung der Frage, ob die im Rechtsstreit bemängelten Handlungen der Bekl. in der Zeit v. 1. März 1932 bis 15. Juni 1934 unter den Schutz des Vorbenutzungsrechts fallen, sich von Rechtsgrundsätzen hat leiten lassen, die in ihrer allgemeinen Fassung rechtlich nicht zutreffend sind. Das Gesetz gestattet die Ausübung des Vorbenutzungsrechts in f r e m d e n Werkstätten nur soweit, als das für die Bedürfnisse des e i g e n e n Betriebes erforderlich ist. Richtig ist allerdings, wenn das KG. ausführt, der Berechtigte sei bei der Ausnutzung seines Vorbenutzungsrechts — d. h. in den oben erörterten Grenzen — hinsichtlich der Art und Weise der Benutzung wie auch hinsichtlich ihres Umfangs nicht beschränkt, sofern nur die Art des Gewerbebetriebs nicht geändert werde. Aber mit Recht sagt die Rev., daß von einer nach § 5 PatG. a. F. zulässigen Ausübung des Vorbenutzungsrechts dann nicht mehr gesprochen werden könne, wenn der Vorbenutzungsberechtigte einem Dritten die Benutzung der Erfindung für dessen alleinige Rechnung und Gefahr überläßt. Es kommt in der Tat für die Frage, ob man noch sagen kann, daß die Erfindung vom Vorbenutzer noch im Rahmen seines Rechtes, also für die Bedürfnisse des eigenen Betriebs in fremden Werkstätten ausgenutzt wird, darauf an, ob der Vorbenutzungsberechtigte noch einen bestimmenden, sich für ihn wirtschaftlich auswirkenden Einfluß auf die Art und den Umfang der Herstellung und des Vertriebs der als patentverletzend bezeichneten, gegebenenfalls aber durch das Vorbenutzungsrecht gedeckten Erzeugnisse hatte. Nur solange das der Fall ist, schützt das Vorbenutzungsrecht den Berechtigten und den Inhaber der herangezogenen fremden Werkstätten.

Nach den eigenen Angaben der Bekl. sind für die Zeit v. 1. März 1932 bis 15. Juni 1934 zwei verschiedene Stadien zu unterscheiden. Es sind von der Afa. zunächst die Zubehörteile für die von ihr hergestellten Glaskörper von der Bekl. bezogen und eingebaut, dann aber im wesentlichen an die Kundschaft der Bekl. geliefert worden. Später hat die Afa. nur die Glaskörper hergestellt und solche in dem von der Bekl. gewünschten Umfang geliefert, dieser alles weitere — Fertigstellung und Vertrieb — überlassend. Diese Änderung in der Verteilung der Abschnitte des Herstellungsverfahrens hatte nach den Feststellungen des BG. in dem in Betracht kommenden Zeitabschnitt bereits stattgefunden. Wie sich aber dabei das Verhältnis der Afa. zu der Bekl. im einzelnen gestaltet hat, bleibt nach den Gründen des angefochtenen Urteils völlig unklar, obwohl die Kl. in dieser Beziehung positive Behauptungen aufgestellt hatte. Das KG. hält das zu Unrecht für unbeachtlich, weil es nach seiner Ansicht offenbar genügt, daß die Afa. schon von vornherein die mit den von der Bekl. gelieferten Zubehörteilen ausgestatteten Gleichrichterröhren an die Bekl. zum beliebigen Vertrieb an deren Kundschaft geliefert hatte. Das möchte wohl für diejenige Zeit genügen, in der die Afa. die Gleichrichterröhren selbst fertigstellte. Wenn sie dann aber dazu überging, der Bekl. nur die Glaskörper zu liefern, alles weitere aber der Bekl. für eigene Rechnung und Gefahr zu überlassen, so konnte nun von einer Ausübung des Vorbenutzungsrechts überhaupt nicht mehr die Rede sein, solange die Bekl. nicht mit dem entsprechenden Betriebe das Vorbenutzungsrecht erworben hatte, was unstreitig vor dem 15. Juni 1934 nicht der Fall war. Solange die Afa. nichts weiter tat, als daß sie die Glaskörper herstellte und an die Bekl. für deren weitere Fabrikation lieferte, machte sie nicht mehr von ihrem Vorbenutzungsrecht Gebrauch und benutzte auch nicht mehr die Bekl. als Lieferwerk „für die Bedürfnisse ihres (d. h. der Afa.) eigenen Betriebs.“ Das wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn — wie die Bekl. behauptet — noch ein bestimmender Einfluß der Afa. auf Art und Umfang der Herstellung und des Vertriebs der Gleichrichterröhren bestanden hätte. Worin dieser bestanden haben soll, ist aus dem festgestellten Sachverhalt nicht ersichtlich; es kann daher auch nicht zu der rechtlichen Beurteilung der tatsächlichen Vorgänge abschließend Stellung genommen werden. Nur so viel kann gesagt werden, daß die Bekl. keinesfalls im Rahmen des Vorbenutzungsrechts der Afa. handelte, wenn sie — wie auch im ersten Abschnitt bei Herstellung der Gleichrichter-Zubehörteile — bei deren Zusammenbau mit den von der Afa. gelieferten Glaskörpern und nach den von der Afa. entwickelten technischen Regeln handelte. In solchem Falle hätte nicht mehr die Afa. ihr Vorbenutzungsrecht ausgeübt, sondern sie hätte der Bekl. die Ausübung dieses Rechts überlassen, was ohne gleichzeitige Übertragung des Betriebs unzulässig ist.

(RG., I. ZivSen., U. v. 4. Jan. 1937, I 128/36.) [P.]

*

**10. RG. — § 6 PatG. (n. F.).**

1. **In der richtigen Stellung der Aufgabe kann eine schutzfähige Erfindung erblickt werden, wenn damit für den Sachverständigen ohne weiteres die Lösung gegeben ist.**

2. **Ist ein Patent nur deshalb erteilt, weil durch seine konstruktionellen Maßnahmen die schon früher anderweit erstrebte Wirkung vollständig eintritt, so wird durch eine neue, unvollkommene Konstruktion in der Regel von dem Erfindungsgedanken kein Gebrauch gemacht.**

Die Kl. ist Inhaberin des ihr mit Wirkung vom 4. Febr. 1931 erteilten DRP. 589 908, dessen einziger Anspruch lautet:

Nähmaschine zur Erzeugung von in gerader Richtung verlaufenden Stichen und Zickzackstichen mittels seitlich bewegter Nadel, bei der die Seitenbewegung der Nadelstange von der Hauptwelle aus durch ein Schraubenrädergetriebe mit Übersetzung 2 : 1 mit ungleicher Winkelstellung der Gänge beider Räder erfolgt, dadurch gekennzeichnet, daß zwecks Beibehaltung der Haushaltsnähmaschinen-Gehäuseform die Nadelstange um eine waagerecht liegende Achse schwingt, die gleichen Durchmesser aufweisenden Schraubenräder des Übersetzungsgetriebes im ständerseitigen Teil des Armes gelagert sind, der zweiarmige Hebel, dessen einer Arm als schwenkbare Kulisse ausgebildet ist, im armseitig und rechtsseitig der Nadelstange gelegenen unteren Teil des Kopfes untergebracht ist und der Lenker zwischen dem Getriebe und dem Kulissenhebel verläuft, so daß der Lenker und der Kulissenhebel innerhalb des Armprofils liegen.

Die Bekl. stellt ebenfalls Nähmaschinen zur Erzeugung von geradlinig und auch im Zickzack verlaufenden Stichen mittels seitlich bewegter Nadel her und bringt sie in den Handel. Diese Nähmaschinen werden als Phönix Klasse 29 und Phönix Klasse 39, die sich nur durch die Größe unterscheiden, bezeichnet.

Die Kl. ist nun der Ansicht, daß die Bekl. bei diesen Nähmaschinen von dem Erfindungsgedanken der Kl. Gebrauch mache. Sie selbst habe sich die Aufgabe gestellt, bei Zickzacknähmaschinen mit pendelnder Nadelstange eine Form zu finden, bei der das übliche Gehäuse der Haushaltsnähmaschine im wesentlichen beibehalten werde. Die Lösung dieser Aufgabe bestehe in der Wahl der im Anspruch gekennzeichneten Mittel. Der Lenker der Nadelstange und der Kulissenhebel mußten danach so angeordnet sein, daß sie innerhalb des normalen Armprofils, d. h. in dem vom Ständer zur Nadel gelegten Schnitt lägen. Von diesem Gedanken mache die Bekl. Gebrauch; denn bei ihren beanstandeten Nähmaschinen liege der Antrieb im ständerseitigen Teil und die Lenkerstange im wesentlichen im Armprofil. Danach sei auch hier die übliche Form der Haushaltsnähmaschine erhalten geblieben und der Arbeitsraum unter dem Arm der Maschine von störenden Ausbuchtungen des Gehäuses freigehalten. Die Bekl. habe das Klagepatent genau gekannt und deshalb mit Herstellung der beanstandeten Nähmaschinen das Patent zum mindesten grobfahrlässig verletzt.

Demgemäß hat die Kl. Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. erhoben. Die Bekl. hat die Patentverletzung bestritten. Sie hat ausgeführt, daß die Kl. ihrem Patent unberechtigterweise eine zu weit gehende Auslegung gebe. Wie schon aus den Patenterteilungsakten und der Patentschrift klar ersichtlich sei, handle es sich um ein reines Konstruktionspatent, dessen einzelne Konstruktionselemente sämtlich bekannt gewesen seien. Die Verbindung dieser Elemente bezwecke allein, die bekannte Form des Haushaltsnähmaschinengehäuses beibehalten zu können, was im Interesse der Benutzer liege. Dazu gehöre aber, daß Lenker und Kulissenhebel innerhalb des Längs- wie auch des Querprofils des Arms der Nähmaschine, praktisch also in diesem Arm liegen. Das sei bei ihren Nähmaschinen nicht der Fall, weil die genannten Konstruktionsteile aus dem Querprofil des Arms herausragten. Aber auch sonst enthalte ihre Maschine wesentliche Abweichungen von der patentierten Nähmaschine hinsichtlich der verwendeten Mittel.

Alle Instanzen haben die Klage abgewiesen.

Wie das KG. aus der Patentschrift 589 908 ohne Rechtsirrtum entnimmt, hat die Kl. sich die Aufgabe gestellt, unter Verwendung der in der Patentschrift aufgeführten und an sich bekannten Konstruktionselemente eine Nähmaschine mit Zickzackstichvorrichtung zu schaffen, die die übliche Gehäuseform der sogenannten Haushaltsnähmaschinen beibehält, so daß der Arbeitsraum zwischen Nähmaschinenarm und Grundplatte frei von störenden Konstruktionsteilen bleibt, die Vorrichtung leicht verstellbar und ein sicheres Arbeiten gewährleistet ist. Sie hat diese Aufgabe dadurch gelöst, daß sie die sämtlichen im Patentanspruch genannten Merkmale für die Zickzackstichvorrichtung verwendet und sie so anordnet, daß sie innerhalb des Arms der Nähmaschine oder doch innerhalb seines Profils untergebracht sind. Daraus ergibt sich der im Klagepatent geschützte Erfindungsgedanke: Ausrüstung einer gewöhnlichen Nähmaschine mit einer Zickzackstichvorrichtung unter völliger oder nahezu vollständiger Beibehaltung der üblichen Gehäuseform durch Anordnung aller Elemente der Vorrichtung innerhalb des Gehäuses, wobei es allerdings unwesentlich ist, ob die im Patentanspruch angeführten Konstruktionselemente der Zickzackstichvorrichtung durch andere, für den Erfolg gleichwertige Mittel ersetzt sind. Anschließend führt das KG. aus, daß dem Klagepatent ein weitergehender Schutzumfang nicht zuerkannt werden könne, weil nach dem Stande der Technik eine weiter reichende Erfindung aus dem Patent nicht ersichtlich sei, wie schon das RPatA. im Erteilungsverfahren festgestellt habe. Damit ist im wesentlichen auf den Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung des Klagepatents abgestellt, und es kann, falls diese Grundlage für die Begrenzung des Schutzumfangs ausreicht, völlig dahingestellt bleiben, ob man hier ausnahmsweise (vgl. Urt. v. 4. Nov. 1936, I 15/36: JW. 1937, 309 [9]), aus dem Bemühen des RPatA., den Gegenstand der Erfindung möglichst klar gegen den Stand der Technik abzugrenzen, zugleich eine einschränkende Abgrenzung des Schutzumfangs des Klagepatents entnehmen könnte. Denn das KG. stellt tatsächlich fest, daß die einschränkende Abgrenzung des Patentschutzes durch das RPatA. nicht weiter reiche, als das durch den Stand der Technik gerechtfertigt sei. Dieser Stand der Technik ist freilich vom KG. nicht genauer erörtert und auch vom Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten nicht im einzelnen untersucht worden. Das rügt die Rev. zwar als einen wesentlichen Mangel. Sie übersieht dabei aber, daß die Parteien sich über die technischen Verhältnisse, soweit sie für den vorl. Streit in Betracht kommen, im wesentlichen einig sind, nur über die rechtliche Bedeutung des technischen Sachverhalts streiten. Dieser Streit läßt sich kurz dahin umschreiben: geht der Schutz des Klagepatents über die oben bezeichneten Erfindungsgedanken hinaus, fällt deshalb auch die Konstruktion der Bekl. über den Schutz des Klagepatents, obwohl die Elemente der Zickzackstichvorrichtung zum Teil nicht im Armprofil liegen?

Die Kl. versucht darzulegen, daß diese Frage bejaht werden müsse, weil schon die von ihr erstmalig gefundene Fassung der Aufgabe erfinderisch sei (vgl. z. B. RG.: GRUR. 35, 533). Mit Recht hat das KG. einen solchen Schutz versagt, indem es auf die Lösung der Aufgabe abstellt und damit wiederum in Übereinstimmung mit der ständigen Rspr. des RG. den Schutz des Erfindungsgedankens da endigen läßt, wo die aus dem Patent ersichtliche Offenbarung aufhört (vgl. RG.: Mitt. 36, 47). Im übrigen aber könnte die Stellung einer Aufgabe nur dann Erfindungsschutz erlangen und deshalb auf andere Lösungen der technischen Aufgabe erstreckt werden, wenn schon in der Stellung der Aufgabe eine erfinderische Leistung zu erblicken wäre. War die Aufgabe bekannt, so konnte von erfinderischer Aufgabenstellung keine Rede sein. Diesen Rechtsgrundsatz hat das KG. zutreffend angewandt und demgemäß aus der Tatsache, daß andere Nähmaschinenfabrikanten sich bereits, wenn auch nicht mit besonders günstigem Erfolg, um die Lösung der gleichen Aufgabe bemüht hatten (vgl. DRP. 508 438), den Schluß gezogen, daß die Kl. einen auf jede Lösung der Aufgabe zu erstreckenden Schutz nicht beanspruchen kann.

Trotzdem wäre es möglich, daß die Bekl. den aus dem

Klagepatent sich ergebenden Erfindungsgedanken teilweise benutzt, eine verschlechterte Ausführung des Erfindungsgedankens gewählt hätte (vgl. RG.: GRUR. 35, 913); dann wäre sie allerdings durch solche, die Patentbenutzung nur verschleiernde Maßnahmen aus dem Schutzbereich des Klagepatents nicht herausgekommen. Das KG. hat geprüft, ob es sich vielleicht bei der Konstruktion der Bekl. um eine selbständig schutzfähige Unterkombination handle. Indessen handelt es sich hier gar nicht um den Begriff der Unterkombination i. S. der bisherigen Rspr. Bei der im Patentanspruch gekennzeichneten Kombination von Elementen kommt es nicht auf deren Zusammenwirken zwecks Erzielung eines für das Arbeitsergebnis vorteilhaften Erfolges an. Denn alle Kombinationselemente müssen immer vorhanden sein. Die zu lösende Aufgabe läßt sich dagegen auch so fassen: es soll eine Form für die zweckmäßige räumliche Anordnung aller bei Zickzacknähmaschinen unentbehrlichen Konstruktionsteile gefunden werden, die den Eindruck einer für Haushaltsnähmaschinen üblichen Bauart nicht stört. Diese Aufgabe ist nur dann gelöst, wenn die Wirkung erreicht wird. Ist es nicht möglich, die Konstruktionsteile vollständig in der angegebenen Weise unterzubringen, so berührt eine derartige Maschine den Schutzbereich des Klagepatents nicht, weil solche unvollkommene Lösungsversuche bereits bekannt waren und es nur noch darauf ankommen könnte, ob das Patent etwa weiter besondere konstruktionelle Maßnahmen offenbart, deren Benutzung wegen ihres besonderen erfinderischen Charakters einen besonderen Schutz beanspruchen könnten. Letzteres hat das KG. verneint, indem es ausführt, daß die pendelnde Aufhängung der Nadelstange bei Nähmaschinen der hier fraglichen Art bereits bekannt war und andere konstruktionelle Besonderheiten hier nicht in Betracht kommen.

Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das KG. zu dem Schluß kommt, daß von einer Benutzung des Erfindungsgedankens des Klagepatents nur dann die Rede sein könne, wenn wirklich alle Elemente der Zickzackstichvorrichtung innerhalb der gewöhnlichen Gehäuseform untergebracht sind.

Das hat das KG. mit Recht verneint.

(RG., I. ZivSen., U. v. 25. Nov. 1936; I 59/36.) [P.]

*

**11. RG.** — § 6 PatG. n. F. **Auch bei Prüfung des selbständigen Schutzes eines Unteranspruchs kommt es darauf an, ob der besondere Erfindungsgedanke in der Patentschrift derart offenbart ist, daß ein über durchschnittliches Können und Wissen verfügender Fachmann ihn zur Zeit der Patentanmeldung aus der Patentschrift entnehmen konnte.**

Die Kl. ist Inhaberin des seit dem 15. Juni 1920 wirksamen Reichspatents Nr. 478 117, das sich auf einen gestaffelten Hochspannungstransformator bezieht, der zum Zweck der stufenweisen Erreichung der Endspannung oder Hochspannung aus Gliedtransformatoren zusammengesetzt ist. Die allein in Betracht kommenden Patentansprüche 1 und 4 lauten:

1. Aus Gliedtransformatoren mit stufenweiser Steigerung der Spannung gebildeter Hochspannungs-Staffeltransformator, dadurch gekennzeichnet, daß die Gehäuse der Gliedtransformatoren in senkrechter Übereinanderordnung zu einer Hängesäule oder geschlossenen Standsäule vereinigt sind.
4. Hochspannungs-Staffeltransformator nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß bei Standsäulen jeder Gliedtransformator von einer Zarge (Mantel) aus isolierendem Stoff mit metallenem Boden und Deckel umschlossen ist.

Von der Bekl. werden sowohl Einzel- als auch Staffeltransformatoren hergestellt und in Verkehr gebracht. Für Kaskadenspannungsmeßwandler bestimmter Bauart hat sie im Jahre 1930 von der Kl. eine Lizenz auf das Klagepatent erworben.

Unter der Bezeichnung „Stützerstromwandler" hat die Bekl. die in ihrer Handliste 1932 Teil III und einer Geschäftsanzeige der „Elektrotechnischen Zeitschrift" v. 15. Okt. 1931 abgebildeten einstufigen Stromwandler auf den Markt gebracht, deren Gehäuse aus einem sich nach oben konisch verjüngenden Porzellanrohr mit einem Boden und einer Kappe aus Metall besteht. Der Boden ist mit der Niederspannungsleitung und die Kappe mit der Hochspannungsleitung leitend verbunden. Die Anschlußklemmen der Hochspannungsleitung sind an den Seiten der innen hohlen, auch als Ausdehnungsgefäß für die Ölfüllung des Gehäuses dienenden Kappe angebracht.

Die Kl. ist der Ansicht, durch den Unteranspruch 4 des Klagepatents sei eine Bauart des Transformatorgehäuses offenbart, die bei Einzeltransformatoren wegen des auch insoweit erzielten erheblichen technischen Fortschritts von erfinderischer Bedeutung unabhängig von dem Hauptanspruch Schutz genieße. Sie erblickt deshalb in der Benutzung einer damit übereinstimmenden Gehäuseform für die Stützerstromwandler der Bekl. eine Patentverletzung und hat mit der Klage von der Bekl. Unterlassung, Rechnungslegung und Schadenersatz verlangt.

Die Bekl. hat um Abweisung der Klage gebeten und ausgeführt, die technische Lehre des Anspruchs 4 beziehe sich nur auf Gliedtransformatoren eines gemäß dem Hauptanspruch als Standsäule hergestellten Staffeltransformators. Für Einzeltransformatoren sei dadurch kein technischer Fortschritt erreicht worden. Als neu komme nur der Metalldeckel in Betracht. Zum Stande der Technik hat die Bekl. auf das mit Wirkung v. 22. Febr. 1912 erteilte schweizerische Patent Nr. 58 760, eine Preisliste der Firma Sp. u. Sch. aus dem Jahre 1914 mit der Abbildung und Beschreibung eines Stromwandlers und ferner darauf Bezug genommen, daß es bei anderen elektrischen Geräten, insbes. Durchführungs- und Stützisolatoren, bereits bekannt gewesen sei, zur Erzielung eines gleichmäßigeren Kraftlinienfeldes einen Isoliermantel mit Metallplatten abzuschließen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat das KG. nach den Klageanträgen erkannt. Die Rev. der Bekl. blieb erfolglos.

Als durch die Bekl. verletzt kommt unstreitig nur Anspruch 4 des Klagepatents in Frage, der nach der Fassung der Patentschrift dem Hauptanspruch untergeordnet ist. Der BerR. erörtert zunächst unter Heranziehung der Beschreibung den Erfindungsgedanken des Klagepatents. Nach der Patentschrift gehört der Gegenstand der Erfindung zur Gattung der Hochspannungs-Staffeltransformatoren, die zum Zwecke der stufenweisen Erreichung der Endspannung aus Gliedtransformatoren zusammengesetzt sind. Gegenüber dem bekannten, viel Raum erfordernden treppenartigen Aufbau einer solchen Anlage bezweckt die Erfindung, den Raumbedarf möglichst zu vermindern. Daneben zielt sie auf Verminderung von kapazitiven Verlusten und Strahlungsverlusten ab. Die Patentschrift weist besonders auf den Zusammenhang beider Erfindungsziele hin, weil die Herabsetzung der Ausstrahlungsmöglichkeit bestimmend sei für das Maß, in dem sich die einzelnen Gliedtransformatoren kleiner und gedrungener gestalten sowie einander näher rücken ließen. Zur Lösung der dargelegten Aufgabe werden die Gliedtransformatoren gemäß dem Hauptanspruch in senkrechter Übereinanderordnung zu einer Hängesäule oder geschlossenen Standsäule vereinigt. Hiernach enthält der Hauptanspruch einen allgemeinen, zwei verschiedene Lösungswege umfassenden Erfindungsgedanken. Die Ansprüche 2 und 4 geben Ausführungsbeispiele für jeden der beiden Lösungswege an, und zwar der hier allein in Betracht kommende Anspruch 4 für die Standsäulenform des Staffeltransformators. Danach soll zum Zwecke der Herstellung der Standsäule jeder Gliedtransformator von einer Zarge (Mantel) aus isolierendem Stoff mit metallenem Boden und Deckel umschlossen werden. Für den Lösungsgedanken des Hauptanspruchs ergeben sich aus dieser Gestaltung der Gliedtransformatoren, wie der BerR. unter Bezugnahme auf das Einverständnis der Parteien feststellt, erhebliche technische Vorzüge von erfinderischer Bedeutung. Die Patentschrift hebt die Aufgabe der metallischen Zwischenlagen hervor, die als Einzelapparate bezeichneten Gliedtransformatoren gegeneinander abzuschirmen und den gesamten Potentialabfall auf die Höhe der Säule zwangsläufig entsprechend der den einzelnen Metallplatten aufgedrückten Spannung zu verteilen. Ferner sollen durch das Übereinanderliegen je eines

Bodens und Deckels die Gliedtransformatoren zu in sich abgeschlossenen Bauteilen gemacht werden, um sie bei Schäden aus der betriebsfähig bleibenden Säule herausnehmen zu können.

Mag hiernach auch Anspruch 4 des Klagepatents ein der Ausführung des Hauptanspruchs dienender, durch Verweisung auf den Hauptanspruch als solcher gekennzeichneter Unteranspruch sein, so steht dies doch einem selbständigen Schutz seiner besonderen Merkmale in allgemeiner, auf die Anordnung innerhalb einer Staffelsäule nicht beschränkter Verwendung nicht entgegen, falls die dafür maßgebenden Voraussetzungen (ausreichende Offenbarung, Neuheit, Ausführbarkeit, Fortschritt und Erfindungshöhe) gegeben sind. Die Patentschrift ergibt allerdings, wie auch der BerR. annimmt, daß der Erfinder von dem Lösungsgedanken des Hauptanspruchs ausgegangen ist, und daß demgemäß die Gestaltung der Gliedtransformatoren den Zweck hat, sie zum Aufbau eines Staffeltransformators als Standsäule geeignet zu machen. Dem BerR. ist jedoch darin beizustimmen, daß gleichwohl die technische Anweisung des Unteranspruchs in der Anwendung auf Einzeltransformatoren geschützt sein kann, wenn sie insoweit unabhängig von dem Hauptanspruch einen für den Durchschnittsfachmann erkennbaren selbständigen Erfindungsgedanken verkörpert (vgl. RGUrt. v. 14. Nov. 1934, I 104/34 = JW. 1935, 345 [1]; GRUR. 1935, 157; Urt. v. 26. Okt. 1935, I 228/34: GRUR. 1936, 315).

Zu Unrecht rügt die Rev., der BerR. habe nicht geprüft, ob in der Patentschrift ein solcher Erfindungsgedanke in ausreichendem Maße offenbart sei, ob insbes. aus ihr eine sinnvolle Regel für die Ausbildung eines Einzeltransformators entnommen werden könne. Jeder Gliedtransformator ist, wie der BerR. in anderem Zusammenhang ausdrücklich feststellt, für sich ein Hochspannungstransformator, der selbständig betriebsfähig ist. Nach Beschreibung und Zeichnung der Patentschrift kann hierüber kein Zweifel bestehen. Die Beschreibung spricht nicht nur von Einzelapparaten, sondern weist, wie der BerR. zutreffend festgestellt hat, ausdrücklich auf die Selbständigkeit der zu Gliedern einer Standsäule vereinigten Transformatoren hin, deren Erhaltung sie empfiehlt, um einen schadhaften Einzeltransformator leichter ersetzen und nötigenfalls mit Hilfe der übrigbleibenden den Betrieb mit verminderter Leistung aufrechterhalten zu können. Werden also alle Glieder bis auf eines schadhaft und herausgenommen, so verbleibt ein Einzeltransformator. Schon hiernach erweist sich die Erwägung des BerR. als richtig, die Patentschrift befasse sich hinreichend mit der Gestaltung des einzelnen Gliedtransformators als eines selbständig arbeitenden Transformators und lasse hierdurch erkennen, daß die Regel des Anspruchs 4 auch hierfür gelte. Die Bekl. meint allerdings, daß dies nicht genüge, weil die Patentschrift nicht einmal andeutungsweise ergebe, welche Vorteile mit der Anwendung dieser Regel auf Einzeltransformatoren verbunden seien. Sie vermißt also die Angabe der Aufgabe, die bei Einzeltransformatoren durch die im Anspruch 4 angegebenen Mittel gelöst sein soll. Hierin kann ihr indessen nicht gefolgt werden. Nach der Feststellung des BerR. zeigt der in Rede stehende Unteranspruch einen Transformator, bei dem die Anschlußklemmen der Primär- und Sekundärleitungen in den Deckel und Boden gelegt sind, und die Deckel- und Bodenteile des Gehäuses als spannungführende Platten mit statischen Feldformungseigenschaften ausgebildet sind. Zugleich ist, wie der BerR. weiter darlegt, die Aufgabe der äußeren Isolierung der Hochspannung gegen die geerdete Bodenplatte ausschließlich einer Isolierzarge übertragen. Nach den Darlegungen des BerR. kommt es entscheidend auf das Zusammentreffen der isolierenden Wirkung der Zarge mit der feldformenden Eigenschaft der Abschlußplatten und den hierdurch für den Bau von Einzeltransformatoren herbeigeführten technischen Fortschritt an. Unerheblich ist, daß die Patentschrift sich nicht besonders über die Vorteile äußert, die mit dem hiernach dem Anspruch 4 zugrunde liegenden Lösungsgedanken bei Einzeltransformatoren verbunden sind. Wesentlich ist vielmehr allein, was in dieser Hinsicht ein Fachmann von durchschnittlichem Wissen und Können bei Anmeldung des Klagepatents aus der Patentschrift herauslesen konnte (RGUrt. v. 2. Juli 1930, I 31/30: MuW. 1930, 482). Nach seinen Ausführungen hat der BerR. zwischen Vorteilen mechanischer und solchen elektrischer Natur unterschieden. Auf die mechanischen (Herstellungs-) Vorteile, die er bei Erörterung des Standes der Technik erwähnt, ist er nicht weiter eingegangen, sondern hat entscheidend auf die feldsteuernde Wirkung der Anordnung nach Anspruch 4 des Klagepatents abgestellt, deren Vorzüge er, worauf in anderem Zusammenhange näher einzugehen ist, im einzelnen dargelegt und zur Annahme eines technischen Fortschritts von erfinderischer Bedeutung als ausreichend angesehen hat. Insbes. hat er erwähnt die Vermeidung einer zu Büschelentladungen Anlaß gebenden gefährlichen Verdichtung des Kraftlinienfeldes an punktförmigen Einführungsstellen der Hochspannungsleitung und den damit verbundenen Vorteil erhöhter Betriebssicherheit. Daß mindestens dies für einen über durchschnittliches Wissen und Können verfügenden Fachmann bei Anmeldung des Klagepatents aus der Patentschrift zu entnehmen war, hat das BG. ohne ersichtlichen Rechtsverstoß angenommen. Nach der Patentschrift zielt der Vorschlag, die als selbständige Bauteile gedachten, für sich betriebsfähigen Gliedtransformatoren gemäß Anspruch 4 des Klagepatents auszugestalten, zugleich mit der Raumersparnis vor allem auf Verminderung elektrischer Verluste ab. Es fehlt somit nicht an einer genügenden Offenbarung des Erfindungsgedankens für Einzeltransformatoren. Die Ausführungen des BerR. lassen erkennen, daß er die gleichen Erwägungen angestellt hat. Er sagt nicht nur, der Durchschnittsfachmann werde aus Anweisungen für die Einrichtung eines auswechselbaren und selbständig arbeitsfähigen Gliedtransformators ohne weiteres Regeln für den Bau von Einzeltransformatoren entnehmen, wenn sie auch dafür Geltung hätten, sondern bejaht auch, wie gegenüber der RevBegr. der Bekl. zu bemerken ist, das Vorhandensein dieser Voraussetzung, indem er weiter feststellt, die Patentschrift habe sich hinreichend mit der Gestaltung eines Gliedtransformators als selbständig arbeitenden Transformators befaßt; die besondere Gestaltung des Gliedtransformators liege in der Gesamtrichtung des erfinderischen Wollens des Klagepatents, sie sei das grundlegende Mittel zur Erreichung seines wichtigsten Zieles. Sinngemäß bedeutet dies, der Fachmann werde auf Grund der Angaben der Patentschrift die Vorteilhaftigkeit der Anordnung des Anspruchs 4 für den Bau von Einzeltransformatoren erkennen und sie sich daher zunutze machen. Die Ansicht der Bekl., Anspruch 4 des Klagepatents enthalte keine sinnvolle Regel für die Ausgestaltung eines Einzeltransformators, ist damit ausreichend widerlegt. Diese Ansicht läßt sich auch nicht durch den Hinweis auf den durch Unteranspruch 7 des Klagepatents unter Schutz gestellten Vorschlag begründen, die Stützen der Eisenkerne in den Gliedtransformatoren zur Abschirmung von Strahlungen als blecherne, die Kernenden und Spulen abschließende Glocken auszubilden. Mag diese Maßnahme auch, worauf die Bekl. hinweist, einer günstigen Verteilung der Kraftlinien in Einzeltransformatoren entgegenwirken, so ist dies doch für die hier allein in Frage kommende selbständige Bedeutung der Lehre des Unteranspruchs 4 für den Bau von Einzeltransformatoren unerheblich. Der BerR. brauchte hierauf schon deshalb nicht einzugehen, weil die Patentschrift die Ausgestaltung der Stützen als Glocken nur als zusätzliche Maßregel vorschlägt, die in keiner notwendigen Beziehung zu der Anweisung des Unteranspruchs 4 steht, und zwar nicht einmal für die Herstellung von Transformatoren als Glieder einer Standsäule. Auf sich beruhen kann die Frage, ob der Erfinder des Klagepatents sich bewußt gewesen ist, daß die Anweisung des Anspruchs 4 die Bedeutung einer selbständigen Erfindung für Einzeltransformatoren hat, und ob er dafür hat Schutz beanspruchen wollen. Das PatA. prüft im Erteilungsverfahren in der Regel nicht, ob der Gegenstand eines Unteranspruchs unabhängig von dem Hauptanspruch patentwürdig ist. Verfehlt ist deshalb die Ansicht der Bekl., es komme darauf an, ob für die Ausbildung eines Einzeltransformators gemäß Anspruch 4 im Erteilungsverfahren Schutz beansprucht und gewährt worden sei. Im Einklang mit dem LG., das hierzu besonders auf den in dem Einspruchsverfahren ergangenen Beschluß des PatA. v. 20. Febr. 1929 verweist, hat überdies der BerR. festgestellt, daß das Erteilungsverfahren der Ausdehnung des Anspruchs 4 auf den Schutz von Einzeltransformatoren nicht entgegensteht, weil das PatA. keine diesen Schutz ausschließende

Entsch. getroffen hat. Maßgeblich ist hiernach allein, ob bei sachlicher Würdigung des Inhaltes der Patentschrift und des Standes der Technik der Gegenstand des Unteranspruchs 4 sich für Einzeltransformatoren als selbständige Erfindung darstellt (vgl. RGUrt. v. 24. Nov. 1934, I 119/34: JW. 1935, 857; Urt. v. 26. Okt. 1935, I 228/34: GRUR. 1936, 315).

Mit Recht hat daher der BerR. geprüft, ob die Anweisung des Anspruchs 4 gegenüber dem Stande der Technik für den Bau von Einzeltransformatoren neu, fortschrittlich und erfinderisch ist. (In den weiteren Ausführungen des BerR. wird das geprüft und bejaht. RG. stimmt zu. Auch die Feststellung der Patentverletzung durch den BerR. unterliegt nach den weiteren Ausführungen des RG. keinen durchgreifenden Rechtsbedenken.)

(RG., I. ZivSen., U. v. 27. Jan. 1937, I 101/36.) [P.]

*

**12.** RG. — § 1542 RVO. — Rechtsnatur der Leistungen der Arbeiterpensionskasse Abteilung B.

1. Die Frage, ob der Anspruch ganz oder zum Teil auf einen Versicherungsträger übergegangen sei, betrifft nicht lediglich die Höhe, sondern den Grund des Anspruchs und muß daher in dem Verfahren über den Grund zur Erörterung und Feststellung gebracht werden.

2. Bei der Einrichtung der Arbeiterpensionskasse Abteilung B der Deutschen Reichsbahn und ihren Leistungen handelt es sich nicht um „gesetzliche" Bezüge; sie sind daher auf den Schadensersatzanspruch nicht anzurechnen.†)

1. Mit seinen Darlegungen, daß es unzulässig sei, den Einwand des Rechtsüberganges nach § 1542 RVO. in dem Verfahren über den Betrag des Anspruches nachzubringen, hält das BG. sich an die seit langem feststehenden Grundsätze der Rspr. Das RG. hat ständig die Auffassung vertreten, daß die Frage, ob der Anspruch ganz oder zum Teil auf einen Versicherungsträger übergegangen sei, nicht lediglich die Höhe, sondern den Grund des Anspruchs betreffe und daher in dem Verfahren über den Grund zur Erörterung und Feststellung gebracht werden müsse, und daß daher der Schädiger, wenn er es einmal versäumt habe, die eingetretene Beschränkung des Klagerechts des Verletzten rechtzeitig geltend zu machen, sich nicht mehr weigern könne, dessen Schadensersatzanspruch in vollem Umfange zu genügen (RGZ. 62, 339; 123, 41 = JW. 1929, 916; RGWarn. 1908 Nr. 413, 428, 557; Bd. 17 Nr. 89). In dem Verfahren, in dem der Grund des Anspruchs erörtert worden ist und das mit dem Urt. des erkennenden Sen. v. 6. Dez. 1934 seinen Abschluß fand, ist die Frage, ob der Kl. eine Invalidenrente bezieht oder Anspruch auf sie hat, nicht zur Sprache gekommen; erstmalig hat die Bekl., soweit zu ersehen, in ihrem Schriftsatze v. 13. Nov. 1935 diese Frage angeschnitten. Der Rev. kann schon deshalb nicht mit ihrer Meinung gefolgt werden, die Erörterung des Rechtsüberganges könne hier noch im Betragsverfahren vorgenommen werden, weil anerkannten Rechtes sei, daß auch den Grund des Anspruches betreffende Fragen noch in diesem Verfahrensabschnitt behandelt werden könnten, wenn sie, auch nur stillschweigend, vorbehalten worden seien. Allerdings ist für die Frage des Mitverschuldens des Beschädigten, die gleichfalls grundsätzlich bei der Entsch. über den Grund des Anspruches endgültig zu entscheiden ist, die Zulässigkeit der Erörterung im Nachverfahren für den Fall anerkannt worden, daß die Entscheidung über diese Frage in dem Urt. über den Grund des Anspruchs dem Verfahren über den Betrag vorbehalten ist, sei es ausdrücklich, sei es, daß sich dies aus den zur Auslegung heranzuziehenden Entscheidungsgründen ergibt (vgl. RGWarn. 1915 Nr. 36 und die dort angeführten Entsch.). Voraussetzung ist also, wie sich bereits hieraus ergibt, in der Entsch. JW. 1931, 3554[13] aber auch noch ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Begründung der Entsch. zweifelsfrei der Wille des Tatrichters zu entnehmen ist, die Entsch. über den Einwand dem Betragsverfahren vorzubehalten. Selbst wenn also, was dahinstehen kann, eine solche Möglichkeit des Vorbehaltes, wie sie für die Frage des Mitverschuldens anerkannt ist, für den Rechtsübergang nach § 1542 RVO. und die davon abhängige Klagberechtigung des Verletzten anzuerkennen sein sollte, so wäre doch immer erforderlich, daß der Wille, die Erörterung und Entscheidung vorzubehalten, in irgendeiner Form in die Erscheinung tritt. Daran mangelt es hier aber völlig, da — soweit ersichtlich — davon, daß dem Kl. eine Invalidenrente zustehe, in dem Grundverfahren überhaupt nicht gesprochen worden und anscheinend an diese Möglichkeit gar nicht gedacht worden ist. Insbes. hat offenbar auch der Tatrichter, der in dem Urt. v. 27. Febr. 1934 ausdrücklich davon spricht, daß dem Kl. als einziges Einkommen eine Militärrente von monatlich 33,10 *RM* verblieben sei, diese Möglichkeit nicht erwogen und daher einen Willen zum Vorbehalt gar nicht fassen können. Jedenfalls ist ein solcher Wille aus dem Grundurteil nicht zu entnehmen.

2. Nach der ständigen Rspr. wird unterschieden zwischen Bezügen aus Verträgen, insbes. vertraglichen Versicherungsverhältnissen, einerseits und den gesetzlichen Bezügen des Verletzten und seiner Hinterbliebenen andererseits (vgl. RGZ. 146, 288 = JW. 1935, 769[2] m. Anm. m. Nachw.); diese werden angerechnet, jene nicht. Um „gesetzliche" Bezüge handelt es sich aber bei der Einrichtung der Arbeiterpensionskasse Abteilung B und ihren Leistungen nicht. Diese Abteilung ist eine von der Deutschen Reichsbahn als Arbeitgeberin geschaffene Einrichtung zugunsten ihrer Arbeiter, die rechtlich keine andere Bedeutung hat als von anderen Betrieben eingerichtete Sterbekassen oder sonstige Wohlfahrtseinrichtungen, deren Leistungen den Betriebsangehörigen gegen Zahlung der erforderlichen Beiträge zur Verfügung stehen. Die Verbindung mit der Abteilung A, die ersichtlich im Interesse der Verwaltungsvereinfachung geschaffen worden ist und z. B. bei den Reichsbahn-Arbeiterpensionskassen IV, VI und VII nach Ditmar, „Die Reichsbahn-Arbeiterpensionskassen Abt. B", S. 2 nicht besteht, ändert daran nichts. Ebensowenig aber steht dieser Beurteilung der Umstand entgegen, daß die Arbeiter verpflichtet sind, unter den oben angegebenen Voraussetzungen der Kasse beizutreten. Hierbei handelt es sich um eine Besonderheit des Arbeitsvertrages, nicht aber um einen gesetzlichen Zwang wie bei der Invalidenversicherung. Die Zusatzrente ist daher nicht ein gesetzlicher Bezug, sondern ein Vorteil, den der Arbeiter auf Grund des Vertragsverhältnisses, in das er zufolge seines Arbeitsverhältnisses, wenn auch zwangsläufig, mit der Abteilung B der Arbeiterpensionskasse getreten ist, bezieht. Schon hiernach kann eine Anrechnung der Zusatzrente nicht in Betracht kommen. Überdies aber trifft auch die in RGZ. 146, 289 = JW. 1935, 769[2] m. Anm. angestellte Erwägung zu, es widerspreche dem Sinne des Versicherungsverhältnisses, daß die Leistungen des Versicherers dem Schädiger zugute kommen, es sei denn bei der Haftpflichtversicherung, wo er selbst der Versicherte sei. Auch hier würde, wenn man annähme, daß die Versicherungsleistungen zu einer Vorteilsausgleichung zugunsten des Schädigers führen müßten, das im Ergebnis einer Haftpflichtversicherung gleichkommen, bei der ein anderer, nämlich hier der Verletzte selbst, ohne es zu wollen, die Prämien für den Schädiger bezahlt hätte; die Bekl. würde ihrerseits den Nutzen aus der laufenden Zahlung der Beiträge durch den Kl. an die Abteilung B der Pensionskasse ziehen. Auch unter dem Gesichtspunkte der Vorteilsausgleichung kann daher, ebenso wie der Senat dies vor kurzem z. B. auch für die Leistungen des auf öffentlich-rechtlicher Grundlage ruhenden Pensionsvereins für die bayerischen Notare und ihre Hinterbliebenen ausgesprochen hat (VI 329/36, Urt. v. 18. Jan. 1937), die Bekl. die Anrechnung der Zusatzrente nicht verlangen.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 25. Jan. 1937, VI 296/1936.) [N.]

**Anmerkung:** Die Entsch. behandelt zwei verschiedene Fragen, die sie im Anschluß an die bisherige Rspr. des RG. entscheidet.

1. Die Feststellung des ersten Leitsatzes ist eine streng logische, im Ergebnis aber wenig befriedigende Konsequenz des

Standpunktes, daß der Rechtsübergang nach § 1592 RVO. sich von selbst vollzieht. Infolgedessen stellt der Einwand, daß der Verletzte eine Invalidenrente aus Anlaß des schädigenden Ereignisses bezieht, rechtlich betrachtet ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Kl. in Höhe der ihm gewährten Invalidenrente dar (vgl. RGZ. 102, 131). Über diese Frage muß daher im Verfahren über den Grund des Anspruchs entschieden werden. Wußte der Bekl. von dem Bezuge der Invalidenrente nichts und konnte er deshalb insoweit die Sachberechtigung des Kl. in diesem Verfahren nicht bestreiten, so ist er damit im Betragsverfahren — von gewissen Ausnahmefällen abgesehen, wozu das RG. anscheinend nach dem nicht abgedruckten Teil des Urteils auch den Fall arglistigen Verschweigens rechnet — ausgeschlossen. Daß dies Ergebnis der wirklichen Sachlage nicht gerecht wird, verkennt das RG. nicht. Denn am Schlusse des Urteils erklärt es, es sei praktisch wohl nicht zu besorgen, daß sich daraus Nachteile für die Bekl. ergeben könnten, weil der Kl. sich im Laufe des Verfahrens wiederholt mit der Anrechnung der Invalidenrente auf sein Nettogehalt einverstanden erklärt habe und weiter anzunehmen sei, daß auch die Reichsbahn-Versicherungsanstalt auf eine diesen Erklärungen entsprechende Gestaltung der weiteren Beziehungen der Parteien zueinander hinwirken werde, soweit die Invalidenrente in Frage komme.

2. Die Ausführungen über die rechtliche Natur der Bezüge des Kl. aus der Arbeiterpensionskasse Abt. B der Reichsbahn stellen ebenfalls die logische Folgerung aus dem Standpunkt des RG. dar, daß sogenannte vertragliche Bezüge des Verletzten auf seinen Schadensersatzanspruch nicht angerechnet werden können. Denn sie sind die Gegenleistung für die vom Verletzten an die betreffende Versicherungsanstalt geleisteten Beiträge. Dabei kann es, wie m. E. das RG. mit Recht ausführt, keinen Unterschied machen, ob der Beitritt zu der Anstalt unter einem gewissen Zwang erfolgt oder nicht. Denn es handelt sich nicht um einen gesetzlichen Zwang.

SenPräs. Kersting, Berlin.

*

**13. RG. — § 20 PrHinterbliebenenfürsorgeG. v. 20. Mai 1882 und 27. Mai 1907. Mit der im zweiten Satz des Abs. 2 genannten „Entscheidung" der Provinzialbehörde, deren rechtzeitige Anfechtung mit Beschwerde an den Departementschef zur Aufrechterhaltung des Klagerechts erforderlich ist, ist die im ersten Absatz genannte „Bestimmung" gemeint, die die Provinzialbehörde kraft der ihr vom Departementschef übertragenen Befugnis an dessen Stelle getroffen hat. Sinn und Zweck der Klageausschlußfristen bei Ansprüchen aus dem Beamtenverhältnis gegen den öffentlich-rechtlichen Dienstherrn. Keine entsprechende Anwendung von § 242 BGB. Keine Rechtsmittelbelehrung in den behördlichen Bescheiden vorgeschrieben.**

Nach § 20 Abs. 1 HinterbliebenenfürsorgeG. „erfolgt die Bestimmung darüber, ob und welches Witwen- und Waisengeld der Witwe und den Waisen eines Beamten zusteht, durch den Departementschef, welcher die Befugnis zu solcher Bestimmung auf die Provinzialbehörde übertragen kann". Der im vorl. Falle zuständige Departementschef, der JustMin., hat von der Übertragungsbefugnis durch Erlaß v. 5. Juni 1882 (JMBl. 62) Gebrauch gemacht, so daß der OLGPräs. zur Bestimmung des Witwengeldes der Kl. zuständig war. Nach Abs. 2 steht die Beschreitung des Rechtswegs den Beteiligten offen, „doch muß die Entsch. des Departementschefs der Klage vorhergehen und letztere sodann bei Verlust des Klagerechts innerhalb 6 Monaten nach Bekanntgabe der Entsch. erhoben werden". Hat jedoch die Provinzialbehörde die „Entscheidung" getroffen, so geht das Klagerecht auch dann schon verloren, wenn die Witwe nicht binnen gleicher Frist Beschwerde gegen die „Entscheidung" beim Departementschef eingelegt hat.

Der Streit der Parteien geht nun darum, wann die sechsmonatige Beschwerdefrist für die Kl. in Lauf gesetzt war. Das BG. nimmt mit dem Bekl. an, es sei schon mit der Bekanntmachung des ersten Bescheides des OLGPräs. v. 10. Mai 1929 an die Kl. geschehen, und die Kl. habe durch Versäumung der danach mit dem 10. Nov. 1929 abgelaufenen Frist das Recht zu der erhobenen Feststellungsklage verloren. Die Kl. rechnet dagegen die Beschwerdefrist erst von dem viel späteren zweiten Bescheid ab, den der OLGPräs. ihr auf ihre am 13. Sept. 1934 an den JustMin. gerichtete und von diesem an ihn weitergeleitete Eingabe am 24. Sept. 1934 erteilt hat. Sie sieht deshalb die sechsmonatige Beschwerdefrist mit ihrer am 21. Dez. 1934 an den JustMin. gerichteten erneuten Eingabe und nach dessen Bescheid v. 29. Dez. 1934 die weitere sechsmonatige Klageausschlußfrist mit der am 31. Mai 1935 zugestellten Klage als gewahrt an.

Die Rev. bittet zunächst um Nachprüfung, ob nicht schon die verschiedene Ausdrucksweise in den beiden Absätzen des § 20 HinterbliebenenfürsorgeG. abhalten muß, die im ersten Absatz genannte Bestimmung des Departementschefs oder der kraft übertragener Befugnis zuständigen Provinzialbehörde darüber, ob und welches Witwen- und Waisengeld der Witwe und den Waisen eines Beamten zusteht, den im zweiten Absatz genannten Entscheidungen jener Behörden gleichzusetzen, welche die dort genannten sechsmonatigen Fristen auslösen, deren Versäumung den Verlust des Klagerechts zur Folge hat. Beide Absätze des § 20 gehören aber zusammen. Mit der im zweiten Satz des Abs. 2 genannten „Entscheidung" der Provinzialbehörde, deren rechtzeitige Anfechtung mit der Beschwerde an den Departementschef zur Aufrechterhaltung des Klagerechts bereits erforderlich ist, kann nach dem Zusammenhange nur die im ersten Absatz genannte „Bestimmung" gemeint sein, welche die Provinzialbehörde kraft der ihr vom Departementschef übertragenen Befugnis an dessen Stelle getroffen hat. Mit Recht weist das BG. auch auf die Vorschriften der §§ 54 und 150 Abs. 2 RBG. hin, die für die Reichsbeamten und ihre Hinterbliebenen eine ähnliche Regelung wie das HinterbliebenenfürsorgeG. enthalten. Während § 54 von der „Bestimmung" auch darüber spricht, ob und welche Pension dem in den Ruhestand versetzten Beamten zusteht, tritt nach § 150 Abs. 2 in den Fällen, in welchen nach § 54 die höhere Reichsbehörde kraft der ihr von der obersten Reichsbehörde übertragenen Befugnis „Entscheidung" getroffen hat, der Verlust des Klagerechts ebenfalls ein, wenn nicht von dem Beteiligten gegen diese „Entscheidung" binnen 6 Monaten die Beschwerde an die oberste Reichsbehörde erhoben worden ist. Auch in diesen Vorschriften wird also dieselbe amtliche Erklärung sowohl „Bestimmung" als auch „Entscheidung" genannt. Der verschiedenen Ausdrucksweise in den zusammengehörigen beiden Absätzen des § 20 HinterbliebenenfürsorgeG. kann mithin ein sachlicher Unterschied nicht entnommen werden.

Weiter trifft die Auffassung der Rev. nicht zu, daß die Entsch. über den Anspruch eines Hinterbliebenen, welche die im Abs. 2 des § 20 HinterbliebenenfürsorgeG. bezeichneten sechsmonatigen Klageausschlußfristen in Lauf setzen, auf einen Antrag oder doch ein Vorstelligwerden des Hinterbliebenen ergangen, also von ihm erst veranlaßt sein müssen. Die Eigenart des öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnisses, aus dem der Hinterbliebene seinen Versorgungsanspruch herleitet, läßt es allerdings nach dem Sinn der Vorschriften des § 20 HinterbliebenenfürsorgeG. nicht zu, daß der Hinterbliebene den ihm eröffneten Rechtsweg beschreitet, bevor die oberste Verwaltungsbehörde oder kraft ihr übertragener Befugnis (Delegation) die Provinzialbehörde zu dem Anspruch Stellung genommen hat. Ein vom Hinterbliebenen nicht veranlaßter Bescheid, durch den der Fachminister oder die Provinzialbehörde als oberste Verwaltungsstelle die Höhe des Versorgungsanspruchs dem Hinterbliebenen gegenüber festsetzt, reicht dazu aber aus und bildet die allein notwendige klare und endgültige Entsch. jener Behörden über den Anspruch. Die Rücksicht auf den Staatshaushalt und die Ordnung des Kassenwesens erfordern, den Rechtsweg für alle Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis gegen den öffentlich-rechtlichen

Dienstherrn auf eine kurz bemessene Frist zu beschränken, wie es § 20 HinterbliebenenfürsorgeG. und entsprechende Vorschriften anderer beamtenrechtlicher Gesetze getan haben. Es geht nicht an, daß der Beamte oder der Hinterbliebene des Beamten, der solche Entsch. widerspruchslos hingenommen hat, sich noch nach Jahren durch Vorstellungen oder Beschwerden den Rechtsweg für derartige Ansprüche sollte öffnen und dadurch die Ordnung eines öffentlichen Haushalts gefährden können (RGZ. 95, 350 [352] = JW. 1919, 681). Das verbietet gerade die heute geltende Rechtsanschauung, nach der die Belange des einzelnen hinter denen der Allgemeinheit zurückzutreten haben.

Schon deshalb erscheint es ferner auch verfehlt, wenn die Rev. es im Hinblick auf die geschäftliche Ungewandtheit der betagten Kl. als einen Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen wissen will, daß der Bekl. sich ihr gegenüber auf die Versäumung der sechsmonatigen Beschwerdefrist des § 20 Abs. 2 HinterbliebenenfürsorgeG. beruft. Im übrigen ist an der Auffassung des Senats im Urteil RGZ. 146, 38 = JW. 1935, 1150 [5] m. Anm. festzuhalten, daß es sich hierbei um eine verfahrensrechtliche Vorschrift handelt und einer solchen gegenüber die Berufung auf entsprechende Anwendung der dem bürgerlichen Recht angehörigen sachlich-rechtlichen Vorschrift des § 242 BGB. grundsätzlich versagen muß.

Schließlich läßt sich der Klageanspruch auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Schadensersatzverpflichtung gegenüber der Kl., die über die ihr zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe nicht aufgeklärt worden sei, nach § 839 BGB. aufrechterhalten. Eine gesetzliche Vorschrift, welche die Beratung oder Belehrung der Kl. gefordert hätte, besteht nicht. Eine Verpflichtung des Staates hierzu hätte sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten und deren Hinterbliebenen nur dann ergeben können, wenn die Kl. rechtzeitige Beratung oder Belehrung erbeten hätte. Da das nicht geschehen ist, kann sich die Rev. in diesem Punkte auf die schon angeführte Entsch. RGZ. 146, 38 (39 ff.) = JW. 1935, 1150 [5] m. Anm. nicht stützen. Es mag für die künftige Gesetzgebung wünschenswert sein, eine Rechtsmittelbelehrung in behördlichen Bescheiden allgemein vorzuschreiben. Dem heutigen Gesetzesstande gegenüber, der eine allgemeine behördliche Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung nicht kennt, läßt sich diese Verpflichtung allein aus gesundem Rechtsempfinden des Volkes nicht ableiten.

(RG., III. ZivSen., U. v. 20. Okt. 1936; III 57/36.)

[v. B.]

## Reichsgericht: Strafsachen

**14.** RG. — § 45 DevG. Die Voraussetzungen der Einziehung sind im Urteil festzustellen. Das Rechtsmittel kann auf einen deutlich abgrenzbaren Teil der eingezogenen Werte beschränkt werden.

Der Verteidiger des Angekl. hat die Rev. ursprünglich ohne Beschränkung eingelegt, dann aber unter Bezugnahme auf die ihm erteilte schriftliche Vollmacht zur Zurücknahme von Rechtsmitteln (§ 302 Abs. 2 StPO.) dahin eingeschränkt, daß nur die im landgerichtlichen Urteil verfügte Einziehung von 3835,45 RM und von Deutschen Anleiheablösungsschuldverschreibungen im Gesamtnennbetrage von 325 RM — mit einer noch zu besprechenden Ausnahme — angefochten sein soll. Gegen eine Beschränkung der Rev. auf die Einziehung eines bestimmten Teils der für eingezogen erklärten Werte sind keine grundsätzlichen rechtlichen Bedenken zu erheben; denn es handelt sich bei der Entsch. über die Einziehung bestimmter Werte um einen selbständig prüfbaren Teil des Urteils (vgl. RGSt. 70, 102 = JW. 1936, 1920 [41]). Auch die Einziehung der bezeichneten Werte soll nach dem Antrage der Rev. nicht unbeschränkt angefochten sein, sondern nur „mit Ausnahme der von dem Ausländer G. aus Straßburg erworbenen Reichsanleiheablösungsschuld im Nennwert von insgesamt 275 RM bzw. des an ihre Stelle getretenen Barbetrags von 1375 RM Kurswert". Was die Rev. mit diesem Antrage meint, ist nicht ganz klar. Anscheinend will sie nicht behaupten, daß sich unter den im Urteil genau bezeichneten Stücken der Anleiheablösungsschuld im Gesamtnennwerte von 375 RM gerade die von dem Ausländer G. stammenden Stücke befinden, oder sie kann wenigstens die ehemals G.schen Stücke im Gesamtbetrage von 275 RM nicht so genau bezeichnen, daß sie aus der größeren Menge der bei der Dresdner Bank liegenden Anleiheablösungsschuldverschreibungen ausgesondert werden könnten. Jedenfalls würde sich aber ein Urteil, das nach dem Antrage der Rev. erginge, wegen Unklarheit seines Inhalts nicht vollstrecken lassen. Soweit daher die Rev. die Anfechtung der Einziehung der Anleiheablösungsschuldverschreibungen wieder noch durch die hinzugefügte „Ausnahme" eingeschränkt hat, ist diese nicht deutlich abgrenzbare Einschränkung des Rechtsmittels unzulässig und wirkungslos. Es muß also davon ausgegangen werden, daß die Einziehung der bei der Dresdner Bank beschlagnahmten Gelder und Wertpapiere von der Rev. unbeschränkt und ausnahmslos angefochten worden ist.

In diesem Sinne ist die Rev. auch begründet. Denn das Urteil des LG. enthält keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen, aus denen sich ergäbe, inwiefern die Voraussetzungen für die Einziehung nach dem § 45 DevG. 1935 vorlägen, daß sich die strafbaren Handlungen des Angekl. gerade auf die bei der Dresdner Bank beschlagnahmten Werte bezögen und daß gerade auch diese Werte durch die strafbaren Handlungen gewonnen wären. Über diese Lücke der Urteilsbegründung hilft auch die Bemerkung des LG. nicht hinweg, daß der Angekl. „das" in dem Umfange, in dem die Einziehung erfolgt, „eingeräumt" habe. Denn Tatsachen, die der Angekl. mit Bezug auf die hier in Rede stehenden Werte eingestanden hätte, sind im Urteil des LG. nicht angegeben; daß die strafbaren Handlungen sich auf gewisse Werte bezögen oder daß diese Werte durch die strafbaren Handlungen erworben wären, würde keine Tatsache sein, sondern eine Rechtsfolge aus Tatsachen, die bisher nicht festgestellt sind; ein „Einräumen" von Rechtsfolgen, zu dem der Angekl. sich bereit finden läßt, ist für den Strafrichter keine ausreichende Urteilsgrundlage.

(RG., 1. StrSen., v. 27. Okt. 1936, 1 D 822/36.)

*

**15.** RG. — § 45 Abs. 4 DevG.; § 134 Abs. 2 VZollG. Die zur Begehung eines Devisenausfuhrvergehens benutzten Beförderungsmittel müssen eingezogen werden. †)

Die beiden Rev. der StA. und des Nebenkl. wenden sich nur dagegen, daß das LG. nicht die zwei Kraftwagen des Angekl. eingezogen hat. Das Gericht hat seine Entsch. in dieser Hinsicht darauf gestützt, daß die Bestimmung des § 45 DevG. nicht anwendbar sei. Hierin liegt ein Irrtum. Zahlungsmittel aus dem Inland in das Ausland ohne Genehmigung einer Devisenstelle zu überbringen, ist nach § 13 Abs. 1 u. 2 DevG. eine Devisenzuwiderhandlung und zugleich ein Bannbruch. Die strafrechtlichen Folgen dieser Tateinheit — die das LG. übrigens nicht bloß, wie geschehen, in den Entscheidungsgründen, sondern auch in dem entscheidenden Teile des Urteils hätte zum Ausdruck bringen sollen (RGSt. 69, 386 = JW. 1936, 461 [25]) — sind durch den § 45 Abs. 4 DevG. in der Weise geregelt, daß auf Grund des DevG. über die Strafe und über die Nebenstrafe einer Einziehung gemäß § 45 Abs. 1 DevG., daneben aber auf Grund des VZollG. über die Einziehung der zur Begehung der Tat benutzten Beförderungsmittel entschieden werden muß. Aus den tatsächlichen Feststellungen des LG. ergibt sich, daß der Angekl. die beiden im Urteil näher bezeichneten Kraftwagen als Beförderungsmittel für die Banknoten bei dem Hinüberbringen über die Grenze benutzt hat; denn der Angekl. selbst hatte die Banknoten während der Fahrt über die Grenze in den ihm gehörenden Wagen an schwer zugänglichen Stellen — unter dem Armaturenbrett

oder unter der Haube der Taxenuhr — versteckt. Unter diesen Umständen waren die Wagen Beförderungsmittel der Banknoten auch ohne Rücksicht darauf, daß sie zugleich der Beförderung des Kraftwagenführers und der Fahrgäste dienten. Nach § 134 Abs. 2 VZollG. i. d. Fass. der VO. des RPräs. v. 18. März 1933 (RGBl. I, 109, 112) i. Verb. m. § 45 Abs. 4 DevG. mußte daher auf Einziehung der beiden Kraftwagen zugunsten des Reiches erkannt werden.

Wenn die Wirkung der beiden Rev. auf die Frage der Einziehung der Kraftwagen beschränkt wäre, so hätte sich das RevGer. damit begnügen können, selbst die Einziehung auszusprechen. Aber so liegt die Sache hier nicht. Das LG. hat — mit Recht — die Höhe der Gefängnis- und Geldstrafe auf Grund einer eingehenden Erwägung der wirtschaftlichen Folgen festgesetzt, die für den Angekl. aus dem Strafverfahren entstehen. Die Fassung dieser Strafzumessungsgründe macht es mindestens wahrscheinlich, daß das Gericht gerade im Zusammenhang mit dieser Abstimmung des Strafmaßes auf die wirtschaftliche Lage des Angekl. unterlassen habe, die Wagen einzuziehen, obwohl es die Einziehung, wenn auch — irrtümlich — nicht für notwendig, so doch auf Grund des § 40 StGB. immerhin für zulässig hielt. Dabei kann für das LG. der Gedanke entscheidend gewesen sein, daß der Angekl. zwar die Wagen nicht mehr als Fuhrgeschäftsinhaber werde verwenden können, daß er aber in ihnen immerhin noch gewisse Werte in der Hand behalte, die es ihm vielleicht erleichtern könnten, eine neue Lebensgrundlage zu finden. Der Strafausspruch und die Entsch. über die Einziehung stehen demnach in einem untrennbaren Zusammenhange. Die begründeten Rev. ergreifen folglich zugleich den Strafausspruch und machen eine neue Entsch. des Tatrichters über den Strafausspruch und die gebotene Einziehung der Kraftwagen notwendig. Der nicht angefochtene Schuldspruch bleibt bestehen.

(RG., 1. StrSen. v. 4. Dez. 1936; 1 D 903/36.)

**Anmerkung**: Der 1. Sen. erklärt die Einziehung von Beförderungsmitteln, die der Täter zur Begehung eines Devisenausfuhrvergehens benutzt hat, als durch § 134 Abs. 2 VZollG. zwingend vorgeschrieben; dies entspricht der von dem 5. Senat in dem Urteil: DJ. 1936, 1471 zu § 154 VZollG. und §§ 401, 412 RAbgO. vertretenen Auffassung. Die von Schäfer in der Anmerkung zu dem letztgenannten Urteil dargelegte fortschreitende Rechtsentwicklung kann es jedoch rechtfertigen, den von dem 1. Sen. ausgesprochenen Rechtssatz in bestimmten Fällen einzuschränken, nämlich dann, wenn Dritte, ohne daß den Eigentümer ein Verschulden trifft, dessen Beförderungsmittel zur Begehung von Devisenzuwiderhandlungen benutzt haben. Auf diesen Standpunkt hat sich das OLG. Kiel: HöchstRRspr. 1936 Nr. 786 gestellt und in Anlehnung an den in § 295 Abs. 2 StGB. i. d. Fass. der Nov. v. 28. Juni 1935 enthaltenen Rechtsgedanken, wonach von der Einziehung von Jagdgerät, wenn es ohne Schuld des Eigentümers zur Tat benutzt worden ist oder wenn die Einziehung eine unbillige Härte für den Betroffenen bedeuten würde, abgesehen werden kann, die nach dem VZollG. zwingend vorgeschriebene Einziehung eines Kraftwagens abgelehnt, in dem ohne Wissen des Eigentümers von Mitfahrern Zahlungsmittel versteckt worden waren. Im vorl. Fall hat allem Anschein nach bei der Entsch. des LG. die Erwägung mitgespielt, daß die Einziehung des Kraftwagens eine besondere Härte für den Täter bedeuten würde. Nach den Ausführungen von Schäfer a. a. O. erscheint es jedoch nicht angängig, den Rechtsgedanken aus § 295 Abs. 2 StGB., das von der Einziehung abgesehen werden kann, wenn sie eine unbillige Härte für den Betroffenen bedeutet, uneingeschränkt anzuwenden. Gerade der vorl. Fall, in dem der Täter sein Eigentum zu unrechtmäßigen Zwecken verwandt hat, zeigt, daß eine Anwendung dieser Härteklausel nicht gerechtfertigt ist. Der Entsch. des RG. ist mithin beizutreten.

GerAss. Turowski, Berlin.

*

**16.** RG. — § 36 Abs. 5 DevVO. 1932 (§ 45 Abs. 1 Satz 1 DevG. 1936); § 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934; § 1 Abs. 4 StraffreihG. v. 23. April 1936. In einem wegen einer Devisenzuwiderhandlung anhängigen, auf Grund des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 eingestellten Verfahren kann auf Einziehung nicht erkannt werden.

Nach dem Eröffnungsbeschluß waren dem Angekl. drei selbständige strafbare Handlungen zur Last gelegt, nämlich daß er einem Devisenausländer, und zwar seinem früher mitangeklagten Schwiegersohn M., der damals in Holland wohnte, ohne Genehmigung im Inland 300 *RM* ausgehändigt habe, daß er ferner selbst in Teilbeträgen, aber in Fortsetzungszusammenhang 2857,50 *RM* Bargeld ohne Genehmigung in das Ausland überbracht habe, und endlich, daß er den schon genannten M. angestiftet habe, auch seinerseits Zahlungsmittel ohne Genehmigung in das Ausland zu überbringen. Das LG. hat das Verfahren gegen den BeschwF. auf Grund des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 eingestellt. (Wird im einzelnen geprüft und gebilligt.) Die StrK. hat am Schlusse der Entscheidungsgründe den Standpunkt eingenommen, daß sie durch das StraffrG. deshalb gehindert sei, gemäß § 36 DevVO. 1932 auf Einziehung zu erkennen, weil eine Einziehung im vorl. Fall eine Nebenstrafe für den an der Tat beteiligten BeschwF. wäre. Demgegenüber führt die Rev. aus, daß die Einziehung nach § 36 Abs. 5 Satz 1 DevVO. 1932 (entsprechend § 45 Abs. 1 Satz 1 DevG. 1935) ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers als eine Sicherungsmaßnahme zulässig sei und daher auch ohne Rücksicht auf eine Einstellung des Verfahrens auf Grund des StraffreihG. in einem selbständigen Verfahren ausgesprochen werden könne. Aber die Frage, ob es sich hier um eine Nebenstrafe oder um eine Sicherungsmaßregel handelt, und die Frage der Zulässigkeit eines selbständigen Verfahrens über die Einziehung können hier dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ist das vorliegende Verfahren kein selbständiges Einziehungsverfahren, sondern ein Strafverfahren, das sich seit der Rechtskraft des gegen die früheren Mitangekl. ergangenen Urteils nur noch persönlich gegen den BeschwF. richtete. Dieses Verfahren ist durch das StraffreihG. eingestellt; in ihm ist daher auch kein Raum mehr für die Einziehung. Andererseits ist es nach der Rspr. (RGSt. 54, 11, auch RGSt. 52, 283) auch nicht möglich, ein solches persönlich gerichtetes Strafverfahren in ein selbständiges Einziehungsverfahren überzuleiten. Dieses Ergebnis der Rspr. hat die neue Gesetzgebung in sich aufgenommen, indem sie es durch den § 1 Abs. 4 der DurchfVO. zum StraffreihG. v. 23. April 1936 (RGBl. I, 384) anerkannte. Aus diesem Grunde tritt der erk. Sen. dem Urt. des 2. StrSen. des RG. v. 30. April/28. Mai 1936, 2 D 188/36, abgedr. in JW. 1936, 3201 [22], darin bei, daß es nicht angezeigt wäre, die angeführte Rspr. jetzt in ihren Grundlagen nachzuprüfen und vielleicht zu ändern. Das LG. hat sich also im Ergebnis mit Recht gehindert gesehen, in dem vorliegenden Strafverfahren gegen den BeschwF. eine Einziehung auszusprechen.

(RG., 1. StrSen. v. 9. März 1937, 1 D 843/36.)

*

**** 17. RG. — § 2 Abs. 2 a. F., § 315 n. F. StGB.**

**Bei der Frage, welches Gesetz das mildeste ist, ist nicht allein von der gesetzlichen Strafdrohung auszugehen; vielmehr kommt es darauf an, welches Gesetz in bezug auf den bestimmten vorl. Fall die mildeste Beurteilung zuläßt.**

**Eisenbahntransportgefährdung.**

Das LG. hat die BeschwF. durch Urt. v. 17. April 1936 wegen einer am 9. Juni 1935 begangenen gemeinschaftlichen vorsätzlichen Eisenbahntransportgefährdung nach § 315 StGB. alter Fassung verurteilt. Das war rechtsirrig. Der § 315 StGB. a. F. ist durch das Ges. zur Änderung des StGB. vom 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839), in Kraft seit 1. Sept. 1935, abgeändert worden. Für strafbare Handlungen, die vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 28. Juni 1935 begangen worden sind, ist der § 2 Abs. 2 StGB. in seiner alten Fassung anzuwenden (RGSt. 70, 285 = JW. 1936, 2996 [21]; RGUrt. v. 10. Jan.

1936, 1 D 1013/35). Die StrK. war daher verpflichtet — im Gegensatz zu § 2a StGB. neuer Fassung, die nur eine Kannvorschrift enthält —, wegen der Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden. Das ist im vorl. Falle der § 315 StGB. neuer Fassung. Bei der Frage, welches Gesetz das mildeste ist, ist nicht allein von der gesetzlichen Strafandrohung auszugehen; vielmehr kommt es darauf an, welches Gesetz in bezug auf den bestimmten vorl. Fall die mildeste Beurteilung zuläßt (RGSt. 61, 135; 64, 362). Der § 315 StGB. n. F. schränkt nun aber den Tatbestand der Eisenbahntransportgefährdung gegenüber dem § 315 StGB. alter Fassung insofern ein, als er das Merkmal der Herbeiführung einer Gemeingefahr enthält.

Zur Strafbarkeit aus der neuen Bestimmung gehört auch, daß dieses Merkmal vom Vorsatz des Täters umfaßt ist (vgl. die amtliche Begründung zur Strafrechtsnovelle). Das heißt zwar nicht, daß der Vorsatz sich auf die Verwirklichung der Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen oder für bedeutende Sachwerte erstrecken müsse, vielmehr genügt das Bewußtsein, daß eine Gefahr dieser Art herbeigeführt werde. Bedingter Vorsatz reicht aus, d. h. Rechnen mit dieser erhöhten Gefahr nebst Billigung ihres Eintritts.

Das LG. hat — von seinem Standpunkt aus — nur eine Transportgefährdung ausdrücklich festgestellt. Aus dem Gutachten des Sachverständigen, dem es sich ersichtlich angeschlossen hat, ergibt sich aber, daß die Angekl. durch die Sperrung des Hauptgeleises eine Gemeingefahr herbeigeführt haben. Zur inneren Tatseite führt das Urteil aus, wer eine Gleissperre auf die Schienen lege, sei sich darüber klar, daß er damit einen Zug zum Entgleisen bringen könne. Mag nun auch mit dieser Vorstellung sich nicht die weitere verbinden, daß dann auch Gesundheit und Leben von Menschen gefährdet werden, so kann doch das RevG. diese fehlende Feststellung nicht als eine zwingende Schlußfolgerung ergänzen. Es handelte sich um eine Kleinbahn, deren Züge mit mäßiger Geschwindigkeit zu fahren pflegen, und die Angekl. haben die Tat auf dem Heimweg von einer Zecherei begangen. Das Urteil hebt selbst hervor, die Tat trage den Charakter einer Jugendtorheit. Es ist so sehr wohl denkbar, daß die Angekl. zwar an die nahe Möglichkeit einer Entgleisung, aber nicht an die der Herbeiführung einer Gefahr i. S. des § 315 Abs. 3 StGB. gedacht haben oder daß sie, wenn ihnen eine solche auch in den Sinn kam, in ihrem Leichtsinn annahmen, daß eine derartige Gefahr doch nicht eintreten werde (bewußte Fahrlässigkeit).

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Sollte in der neuen Verhandlung der Tatbestand des § 315 StGB. neuer Fassung nicht feststellbar sein, so wird das LG. den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des § 316 StGB. zu untersuchen haben. Hierbei wird wiederum unter Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB. und der dazugegebenen Rechtsgrundsätze (vgl. oben) zu prüfen sein, welches Gesetz, d. h. also welche Fassung des § 316 StGB. im vorl. Falle die den Tätern günstigere Beurteilung zuläßt.

(RG., 5. StrSen. v. 25. Jan. 1937, 5 D 953/36.)

*

** **18. RG. — § 2b StGB. Nach dem Sinn des § 2b StGB. ist nicht nur die Strafe in den Grenzen des Strafrahmens zu halten, das dem mildesten Gesetz entspricht, sondern die Strafe ist überhaupt so zu bemessen, wie wenn der Täter den Tabestand des mildesten Gesetzes verwirklicht hätte.**

Das SchwG. hat eine Wahlfeststellung dahin getroffen, daß der Angekl. entweder einen Abtreibungsversuch gewerbsmäßig oder einen Betrug begangen habe und zutreffend ausgeführt, daß hiernach die Bestrafung „aus dem mildesten Gesetz, mithin wegen Betrugs, zu erfolgen“ habe. Es hat sich aber bei Festsetzung der Strafe hieran nicht gehalten. Nach dem Sinne des § 2b StGB. ist nicht nur die Strafe in den Grenzen des Strafrahmens zu halten, das dem mildesten Gesetze entspricht, sondern die Strafe ist überhaupt so zu bemessen, wie wenn der Täter den Tatbestand des mildesten Gesetzes verwirklicht hätte. Demnach darf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, daß der Angekl. einen anderen in die Wahlfeststellung einbezogenen Tatbestand verwirklicht habe, nicht zur Strafverschärfung beitragen. Die hiernach gezogene Grenze hat das SchwG. überschritten. Die schwangere P. hat sich durch Vermittlung anderer an den Angekl. mit dem Verlangen gewendet, ihr die Frucht abzutreiben. Er hat sie in den Glauben versetzt, daß er hierzu bereit sei, ein Entgelt verlangt und im voraus von dem Vermittler B. 25 RM entgegengenommen, ihr aber später 10 RM zurückgegeben. Die Strafe wurde auf zwei Jahre Gefängnis bemessen. Dabei war mitbestimmend, daß der Angekl. geleugnet hat, wie sich aus den Strafzumessungsgründen ergibt. Nach den Urteilsfeststellungen kann jedoch nur angenommen werden, daß der Angekl. die Abtreibungshandlungen, nicht aber den Betrug geleugnet hat. Das SchwG. sieht zunächst als erwiesen an, daß der Angekl. dem Vermittler B. erklärt habe, er sei bereit, auf das Ansinnen der P. einzugehen, es koste aber 50 RM und er werde sie täuschen, er werde sich hüten, die Abtreibung vorzunehmen, er werde sich nichts einbrocken. In der Hauptverhandlung hat er zugegeben, den B. in dieser Weise beschieden und 25 RM von ihm erhalten zu haben, er sei auf das Ansinnen von B. eingegangen, weil er sich in einer wirtschaftlichen Notlage befunden habe und das Geld gut habe gebrauchen können. Er habe der P. dann zunächst eine Einspritzung in den Unterarm gemacht. Daraus scheint hervorzugehen, daß der Angekl. alle Tatsachen zugegeben hat, die den Tatbestand des Betrugs ergeben. Jedenfalls ist nicht zu ersehen, inwiefern er in dieser Hinsicht geleugnet haben sollte. Es muß daher angenommen werden, daß das SchwG. die Strafe trotz der anerkannt geringen Vermögensbeschädigung auch aus dem Grunde so hoch gegriffen hat, weil er geleugnet hatte, eine Abtreibungshandlung vorgenommen zu haben. Eben dieses Leugnen hat das SchwG. nach den Urteilsausführungen weiter veranlaßt, von der Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe abzusehen. Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob „die gemeine und niederträchtige Gesinnung“ des Angekl., die ebenfalls strafschärfend bewertet ist, darin gefunden wurde, daß er die seelische Notlage der P. zum Gelderwerb durch Abtreibungshandlungen (gewerbsmäßig) ausgenutzt hat, oder ob schon allein in dem betrügerischen Verhalten diese Gesinnung gesehen wurde. Der Rechtsfehler tritt jedenfalls auch darin hervor, daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von 5 Jahren mit dem volksschädigenden Verhalten des Angekl. begründet wird. Auch hier hat sich das SchwG. nicht von dem Gedanken frei machen können, daß die abgeurteilte Tat sich als gewerbsmäßige Abtreibungshandlung darstelle. Denn ein vereinzelter Betrug ganz geringen Umfangs kann nicht als volksschädigend bezeichnet werden, wohl aber ein gewerbsmäßig begangener Abtreibungsversuch.

Auf demselben Rechtsirrtum beruht die Einziehung der „beschlagnahmten Gegenstände“, nämlich der Injektionsspritze und der Gebärmutterspritze. Denn es liegt nichts dafür vor, daß der Angekl. die Spritzen zur Begehung des Betrugs, diesen unterstellt, gebraucht hat oder daß sie dazu bestimmt waren (§ 40 StGB.). Der Betrug war vielmehr bereits begangen und beendet, als der Angekl. die P. mit den Spritzen aufsuchte. Damals war er bereits im Besitze der 25 RM.

Hiernach war der Strafausspruch aufzuheben.

(RG., 5. StrSen. v. 1. Febr. 1937, 5 D 1000/36.)

*

**19. RG.** — §§ 175a Nr. 4, 175, 50, 49 StGB. Die Gewerbsmäßigkeit der Unzucht mit Männern ist nach der Fassung des § 175a Nr. 4 StGB. in den beiden ersten Begehungsformen lediglich ein Erschwerungsgrund gegenüber der im § 175 StGB. mit Strafe bedrohten einfachen Unzucht mit Männern. Die Gewerbsmäßigkeit ist demnach eine persönliche Eigenschaft des Täters i. S. des § 50 StGB., die die Strafbarkeit erhöht. Sie darf nur demjenigen Täter zugerechnet werden, bei dem sie vorliegt. Es genügt nicht, daß der Teilnehmer die Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise des Täters kannte und ihm hierzu Beihilfe leisten wollte.

Eine Verurteilung wegen Beihilfe zur gewerbsmäßigen Unzucht mit Männern ist daher nur möglich, wenn der Gehilfe durch die Beihilfe sich selbst eine Einnahmequelle von gewisser Dauer verschaffen wollte (vgl. allgemein RGSt. 25, 266, 276; für Hehlerei RGSt. 26, 3/5; für Jagdvergehen RGSt. 61, 268, 269; für Abtreibung RGUrt. v. 28. Nov. 1933, 4 D 226/33: JW. 1934, 170 [16]; v. 2. Febr. 1936, 5 D 72/36 und v. 23. Nov. 1936, 5 D 740/36: JW. 1937, 166 [21]).

(RG., 5. StrSen. v. 18. Febr. 1937, 5 D 25/37.)

*

**20. RG.** — § 181 StGB. Eine Mutter macht sich der Kuppelei schuldig, wenn sie einen Mann in ihrer Wohnung als Untermieter duldet, von dem sie weiß, daß er gelegentlich, wenn er mit ihrer 13jährigen Tochter allein in der Wohnung gewesen ist, mit dieser geschlechtlich verkehrt hat.

Die Angekl. hat als Mutter in solchem Fall die Pflicht, einem unzüchtigen Treiben ihrer Tochter durch geeignete Maßnahmen entgegenzutreten; denn sie muß damit rechnen, daß, wenn einmal zwischen ihrer Tochter und dem Untermieter während ihrer Abwesenheit Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, eine Wiederholung zu erwarten ist, sofern keine Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Mit der Unterlassung solcher Maßnahmen leistet die Mutter der Unzucht durch Gewährung von Gelegenheit Vorschub.

(RG., 1. StrSen. v. 2. Febr. 1937, 1 D 1092/36.)

*

**21. RG.** — § 193 StGB. findet keine Anwendung, wenn der Angekl. die Beleidigung nur zu dem Zweck vornahm, gegen sich selbst ein Strafverfahren herbeizuführen und dort durch Wahrheitsbeweis für bestimmte Behauptungen die Möglichkeit zu schaffen, für den Angekl. ungünstig ausgegangene Rechtsverfahren wieder aufzurollen. Die Wahrnehmung solcher Interessen durch eine Beleidigung ist nicht berechtigte Interessenwahrnehmung.

Der BeschwF. hat mit seinen Eingaben nicht mehr ein Einschreiten gegen den Zeugen T. bezweckt, sondern er hat damit die Einleitung eines Strafverfahrens gegen sich selbst erreichen wollen; in diesem wollte er dann den Beweis der Wahrheit für gewisse Behauptungen führen, welche für die zu seinen Ungunsten abgelaufenen Rechtsverfahren erheblich waren, und auf diese Weise deren Wiederaufrollen ermöglichen. Einem solchen Vorgehen ist jedoch der Schutz des § 193 StGB. versagt, wie in der Rspr. des RG. anerkannt ist (vgl. GoltdArch. 56, 325; LZ. 1915 Sp. 123 Nr. 27; JW. 1914, 889 [10]; 1926, 1186; 1934, 1418 sowie die weiter unten genannten Entsch.; vgl. auch RMG. 22, 284). Es ist hierzu folgendes erwogen worden: Ein an sich anzuerkennendes Interesse an der Führung des Wahrheitsbeweises berechtigt noch nicht zu dem Verlangen, als Beschuldigter zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen zu werden, und es steht in Widerspruch mit der Rechtsordnung, die Verübung des Vergehens der Beleidigung als Mittel dazu zu benutzen, in dem dadurch veranlaßten Strafverfahren die Organe der Rechtspflege eigenen Interessen dienstbar zu machen (GoltdArch. 47, 432; 2 D 990/26 v. 31. Juli 1927); der gegenteilige Standpunkt muß notwendig dahin führen, daß in dem so herbeigeführten Strafverfahren der Angekl. entweder wegen erwiesener Wahrheit seiner Behauptungen oder auf Grund des § 193 StGB. freigesprochen wird; ein Verfahren aber, das rechtsnotwendig zur Freisprechung führen muß, darf gar nicht erst eingeleitet und ein Interesse an solcher Einleitung auch deshalb als berechtigt nicht anerkannt werden (LZ. 1914 Sp. 871 Nr. 17). Daran ist festzuhalten. Ein Irrtum des Angekl. dahin, daß er in solcher Weise straflos habe verfahren dürfen, wäre als Strafrechtsirrtum unbeachtlich.

(RG., 3. StrSen. v. 15. Febr. 1937, 3 D 8/37.)

**22. RG.** — § 396 RAbgO. Fortgesetzte Steuerhinterziehung. †)

Der Angekl. hat nicht nur eine erdichtete „Schuld L." von 58 800 *RM* in seinen Büchern und vor allem in seinen Steuererklärungen angegeben, sondern auch die Bücher in anderer Weise unrichtig geführt und dementsprechende unrichtige Angaben in seinen Steuererklärungen gemacht. Hiernach läßt sich die jeweilige Steuerverkürzung, die er durch die Angabe der „Schuld L." und die anderen unrichtigen Angaben bewirkt haben soll, nur als eine einheitliche Tat auffassen. Denn die sämtlichen unrichtigen Angaben sind nicht nur äußerlich miteinander vereinigt, also nicht nur dadurch, daß sie jeweilig in derselben Steuererklärung gemacht worden sind; vielmehr verbindet sie der etwaige Vorsatz, der sie zu einer Straftat stempelt, auch innerlich. Dieser Vorsatz wäre hier darauf gerichtet gewesen, zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines andern zu bewirken, daß der Steuerbetrag, der auf Grund der jeweiligen Steuererklärung festzusetzen war — also zum Beispiel der Einkommensteuerbetrag für das Jahr 1925 —, verkürzt werde (§ 359 RAbgO. a. F., § 396 n. F.). Ein solcher Vorsatz ist fest umrissen und auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg gerichtet, der durch gleichzeitige Anwendung mehrerer Mittel in möglichst weitem Umfang erzielt werden soll.

Hiernach war die Einleitung der Untersuchung, die am 29. April 1931 aktenkundig gemacht worden ist, geeignet, die Verjährung einer Steuerhinterziehung auch insofern zu unterbrechen, als diese durch andere unrichtige Angaben als die einer „Schuld L." begangen worden ist; denn der Angekl. hat dadurch, daß er diese Angabe zusammen mit den anderen unrichtigen Angaben machte, eine einheitliche Tat begangen. Entsprechendes gilt, wie sich hieraus von selbst ergibt, von der Vfg. v. 17. Okt. 1935, soweit sie die Untersuchung auf weitere Steuerjahre ausgedehnt hat.

Hervorzuheben bleibt, daß die Verjährung einer fortgesetzten Tat erst mit dem Tage beginnt, an dem die letzte Teilhandlung begangen worden ist. Im vorl. Falle könnte der Angekl. Steuerhinterziehungen, soweit es sich um dieselbe Steuerart handelt, in Fortsetzungszusammenhang begangen haben, z. B. durch eine Reihe von Einkommensteuererklärungen eine fortgesetzte Einkommensteuerhinterziehung (RGSt. 59, 262; vgl. auch RGSt. 69, 94 = JW. 1935, 1630 [12] m. Anm.).

(RG., 5. StrSen. v. 28. Jan. 1937, 5 D 859/36.)

**Anmerkung:** 1. Der angeklagte StPfl. hatte bei den jeweiligen Steuererklärungen, die sich in mehreren Jahren wiederholten, das Einkommen dadurch unrichtig angegeben, daß er ständig eine erdichtete Schuld abzog und auch sonstige unrichtige Angaben machte.

2. Das RG. nimmt bei vorl. Sachverhalt mit Recht an, daß es sich um einen einheitlichen Vorsatz handelt, der mehrere Jahre überdauert. Die von der Rspr. erforderte Verletzung eines einheitlichen Rechtsgutes ist im vorl. Falle ohne weiteres gegeben, da es sich lediglich um Einkommensteuerhinterziehungen handelt.

In JW. 1935, 292 hat Julius Crisolli die Auffassung vertreten, daß der Zwang zur Ausfüllung des Vordrucks mit bestimmten Zahlen und zur Versicherung der Richtigkeit nach bestem Wissen und Gewissen einen derartigen Gewissenszwang bedeutet, daß in der Regel jedesmal ein neuer Entschluß des Täters notwendig sei. Es dürfe daher aus der wiederholten Abgabe falscher Erklärungen allein nicht auf einen Fortsetzungszusammenhang geschlossen werden.

Im vorl. Falle hat der Täter nach denselben Methoden die Einkommensteuerhinterziehungen auf mehrere Jahre ausgedehnt. Bei der inneren Verbundenheit dieses Sachverhalts ist zu der Ausfüllung der Versicherungen der späteren Jahre kein neuer Vorsatz erforderlich geworden, da der Hinterziehungsvorsatz des Angekl. sich offenbar von vornherein auf mehrere Jahre erstreckt hat.

3. Daß bei fortgesetzten Handlungen die Strafverfolgungsverjährung erst mit Beendigung der letzten Teilhandlung beginnt, entspricht auch der ständigen Rspr. zu dem allgemeinen Strafrecht.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

## Oberlandesgerichte: Zivilsachen

**Berlin**

**23. KG.** — § 43a GenG. **Wenn eine Genossenschaft eine Vertreterversammlung besitzt, ist die Einberufung einer Genossenschaftsvollversammlung grundsätzlich nicht zulässig. Eine Ausnahme ist nur zuzulassen, wenn eine Vertreterversammlung nicht mehr vorhanden ist und nach Gesetz und Statut keine Möglichkeit besteht, eine neue Vertreterversammlung zu wählen, ohne daß die Genossenvollversammlung als GenVers. tätig wird.** †)

Die Genossenschaft, die etwa 2700 Genossen als Mitglieder zählt, besitzt als oberstes Vertretungsorgan eine Vertreterversammlung gemäß § 43a GenG.

Mehr als 10% der vorhandenen Genossen beantragten, sie zu ermächtigen, eine außerordentliche Genossenvollversammlung als GenVers. einzuberufen mit der Tagesordnung:

1. Absetzung der Liquidatoren, der Mitglieder des Aufsichtsrats und der Mitglieder der Vertreterversammlung,
2. Neuwahl der Organe der Genossenschaft.

Der Antrag wurde in allen Rechtszügen zurückgewiesen.

Das LG. ist der Ansicht, daß grundsätzlich eine Genossenvollversammlung als GenVers. neben der Vertreterversammlung nicht bestehen könne. Es würde ausnahmsweise die Einberufung einer Genossenvollversammlung zulassen, wenn Vorstand, Aufsichtsrat und Vertreterversammlung gemeinsam gesetz- und statutenwidrig die Genossen entrechten und ungesetzlich und unsachlich die Interessen der Genossenschaft wahrnehmen würden. Es sieht jedoch den Beweis dafür, daß diese Voraussetzungen vorliegen, nicht als erbracht an.

Die weitere Beschw. muß schon deshalb erfolglos bleiben, weil die von den Vorinstanzen angenommene Ausnahme rechtlich nicht besteht. Nach § 43a GenG. tritt die Vertreterversammlung vollständig an die Stelle der Genossenvollversammlung. Das ist dem Zweck und dem Wortlaut dieser Bestimmung sowie der VO. v. 24. Okt. 1922 (RGBl. I, 807) zu entnehmen. Die Vertreterversammlung hat also Aufgaben zu erfüllen, die nach Gesetz oder Statut der GenVers. obliegen. Sie ist die GenVers. der Genossenschaft. Das Statut kann zwar die Möglichkeit vorsehen, daß die Genossenvollversammlung neben der Vertreterversammlung bestehen bleibt (vgl. § 27 Abs. 2 GenG.; RGZ. 119, 341 = JW. 1928, 635). Dann könnte die Genossenvollversammlung aber nur bestimmte Aufgaben haben, die insoweit der Vertreterversammlung entzogen sind. Dagegen ist es nicht möglich, die Genossenvollversammlung als GenVers. und die Vertreterversammlung derart nebeneinander bestehen zu lassen, daß die Genossenvollversammlung als GenVers. die der Vertreterversammlung obliegenden Aufgaben an sich zieht, wie z. B. die Abberufung des Vorstandes oder des Aufsichtsrats oder die Wahl der Mitglieder des Wahlausschusses.

Es ist nicht zu verkennen, daß bei größeren Genossenschaften durch die Einführung der Vertreterversammlung die Rechte derjenigen Genossen, die nicht Vertreter sind, geschmälert werden. Da auf die Vertreterversammlung alle Vorschriften über die GenVers. anzuwenden sind (VO. v. 24. Okt. 1922), hat der zehnte Teil der Genossen zwar das Recht, die Einberufung einer Vertreterversammlung zu verlangen (§ 45 GenG.). Da die Genossen, die nicht Vertreter sind, aber nicht berechtigt sind, der Vertreterversammlung beizuwohnen und ihre Anträge dort zu vertreten, ist die Minderheit in der Wahrnehmung ihrer Rechte stark beschränkt. Es kommt weiter hinzu, daß das Gesetz selbst keine Vorschriften über die Wahl und ihre Durchführung enthält, sondern die Bestimmungen darüber völlig dem Statut überläßt. Auch auf diesem Wege kann praktisch der Einfluß der Genossen, die nicht Vertreter sind, stark beschränkt werden. Die Genossen, die nicht Vertreter sind, haben nach der im Schrifttum herrschenden Meinung auch keine Möglichkeit, Beschlüsse der Vertreterversammlung anzufechten, weil bei entsprechender Anwendung des § 51 GenG. auf die Vertreterversammlung nur Vertreter, nicht andere Genossen anfechtungsberechtigt sind (Krakenberger, § 51 Anm. 2; § 43a Anm. 5).

Ob diese Ansicht zutrifft, braucht nicht erörtert zu werden. Denn wenn die Genossen, die nicht Vertreter sind, auch nur darauf beschränkt wären, nichtige Beschlüsse der Vertreterversammlung angreifen zu können, könnte dieses beschränkte Recht nicht dazu führen, die Einberufung einer Genossenvollversammlung als GenVers. an Stelle einer Vertreterversammlung zu rechtfertigen. Das GenG. hat (anders z. B. als das früher erlassene schweizer Gesetz, vgl. ZBlHR. 1931, 81 Anm. 3) davon abgesehen, besondere Sicherungsmaßregeln für den Fall zu treffen, daß Genossen, die nicht Vertreter sind, die Beschlüsse der Vertreterversammlung bekämpfen wollen. Wenn entgegen der grundsätzlichen Regelung in bestimmten Fällen die Genossenvollversammlung als GenVers. neben die Vertreterversammlung hätte treten sollen, dann hätten die Voraussetzungen hierfür im Gesetz oder im Statut bestimmt werden müssen. Ohne solche gesetzliche Regelung würde ein untragbarer Zustand eintreten, wenn die Genossenvollversammlung als GenVers. die Vertreterversammlung abberufen und Neuwahlen für eine andere Vertreterversammlung anordnen würde, während die bestehende Vertreterversammlung diese Beschlüsse nicht anerkennen würde. Es müßte insbes. bestimmt werden, welche Stelle darüber zu befinden hat, ob die Voraussetzungen für einen Beschluß der Genossenvollversammlung als GenVers. vorliegen, das Registergericht, die Genossenvollversammlung oder das Prozeßgericht. Das Registergericht wird nur in seltenen Fällen feststellen können, daß die Voraussetzungen eindeutig gegeben sind. Es würde die Ermächtigung zur Einberufung der GenVers., wenn es nicht von der Aussetzungsbefugnis des § 127 FGG. Gebrauch machen würde, schon aussprechen müssen, wenn die Voraussetzungen glaubhaft sind. Da die Genossenvollversammlung ohne gesetzliche Ermächtigung bindend über die Wirksamkeit ihrer Einberufung nicht befinden kann, könnte nur das Prozeßgericht endgültig darüber entscheiden, ob die Beschlüsse der Vertreterversammlung wirksam sind. Praktisch würde also die Genossenschaft auf Jahre hinaus lahmgelegt werden können. Ein solcher Zustand kann nicht i. S. des Gesetzes liegen. Bei einer in Liquidation befindlichen Genossenschaft besteht um so weniger Veranlassung, ein solches Nebeneinander zweier oberster Vertretungsorgane zuzulassen, als auf Antrag des zehnten Teils der Genossen die Liquidatoren aus wichtigen Gründen entlassen werden können (§ 83 GenG.; JFG. 9, 176).

Eine Genossenvollversammlung als GenVers. kann nur dann ausnahmsweise tätig werden, wenn eine Vertreterversammlung nicht mehr vorhanden ist und nach Gesetz und Statut keine Möglichkeit besteht, neue Vertreter zu wählen, ohne daß die Genossenvollversammlung als GenVers. tätig wird. Die BeschwF. nehmen hier an, daß die am 27. März 1933 gewählte Vertreterversammlung nicht mehr im Amt und die Genossenschaft deshalb ohne Vertreterversammlung ist. Auch wenn diese Annahme zuträfe, würde das die Einberufung einer Genossenvollversammlung als GenVers. nicht rechtfertigen; es müßte dann eben eine neue Vertreterversammlung gewählt werden. Die Befugnisse der Vertreterversammlung sind aber nicht erloschen. Denn nach § 34 Abs. 3 der Satzung endet die Wahlzeit erst mit der Bekanntmachung des Ergebnisses der nächsten Neuwahlen. Diese Vorschrift verlängert also die Vertretungsbefugnis der Vertreterversammlung über den kalendermäßig bestimmten Zeitraum von zwei Jahren hinaus. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung sind nicht zu erheben; denn das Statut kann die Dauer der Vertretungsbefugnis ohne Beschränkung festsetzen (§ 43a Abs. 2 GenG.). Die Bestimmung hat erkennbar den Zweck, zu verhindern, daß die Genossenschaft zeitweise ohne Vertreterversammlung ist. Diese Regelung ist nicht nur zweckmäßig, weil die Wahl sich verzögern kann, sie liegt auch i. S. des Gesetzes, weil auf diese Weise gewährleistet wird, daß stets ein vertretungsberechtigtes oberstes Organ vorhanden ist, das die sonst der GenVers. zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen hat. Es kann dann aber keinen Unterschied machen, wie lange die kalendermäßig bestimmte Wahlzeit von zwei

Jahren überschritten wird, bevor eine neue Vertreterversammlung gültig gewählt wird. Allerdings stellt diese Vorschrift es nicht in das Ermessen des Vorstandes oder der Vertreterversammlung, wie lange durch Hinausschiebung der Neuwahl die Vertretungsbefugnis der Vertreterversammlung verlängert werden soll. Vorstand und Aufsichtsrat verletzen die ihnen durch § 1 der Wahlordnung auferlegten Pflichten, wenn sie die darin gesetzte Frist überschreiten. Eine unbegründete Fristüberschreitung kann aber nur zu Maßnahmen gegen Vorstand und Aufsichtsrat führen, nötigt aber nicht dazu, der Vertreterversammlung entgegen § 34 Abs. 3 der Satzung die Vertretungsbefugnis abzuerkennen und die Genossenschaft damit ohne jedes oberste Organ zu lassen. Es würde ja sonst erst recht der Zustand eintreten, daß gar kein Organ vorhanden wäre, das einen pflichtwidrig handelnden Vorstand und Aussichtsrat abberufen könnte. Hiernach hat die am 27. März 1933 gewählte Vertreterversammlung alle ihr nach Gesetz und Statut zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Sie hat insbes. auch Mitglieder des Vorstandes oder Liquidatoren oder Mitglieder des Aufsichtsrats abzuberufen (§ 41 Nr. 4 der Satzung). Für die Einberufung einer Genossenvollversammlung als GenVers. besteht deshalb keine Möglichkeit.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Jan. 1937, 1 Wx 605/36.) [H.]

**Anmerkung:** Die Entsch. des KG. ist zwar an sich folgerichtig, enthüllt aber gewisse Mängel des Gesetzes, die bei einer künftigen Rev. des GenG. nicht unbeachtet bleiben sollten.

I. § 43a GenG. läßt für eine neben der Vertreterversammlung fortbestehende GenVers. aller Mitglieder keinen Raum. Die Vertreterversammlung ist die GenVers. der Genossenschaft und ersetzt diese vollständig. Ich gehe hierin sogar noch weiter als das KG. Mit dem Augenblick, in dem die Vertreterversammlung konstituiert ist, hört die GenVers. als solche auf zu bestehen. Sie tritt erst wieder ins Leben, wenn die gesetzliche Voraussetzung für den Fortbestand der Vertreterversammlung in Wegfall gekommen ist, d. h. wenn die Mitgliederzahl am Schluß des vorangegangenen Geschäftsjahrs nicht mehr mindestens 3000 betrug. Dann allerdings bedarf es nicht erst eines satzungsändernden Beschlusses durch die Vertreterversammlung, wie meistens angenommen wird, sondern die GenVers. rückt automatisch in ihre frühere Rechtsstellung ein. Aber solange nach Gesetz oder Satzung die Vertreterversammlung das oberste Organ ist, besteht keinerlei Möglichkeit, der GenVers. aller Genossen irgendwelche Funktionen zuzuweisen, weder durch Herleitung solcher Befugnisse aus dem Gesetz noch durch Zuerkennung in der Satzung, die sich mit dem Gesetz in Widerspruch setzen würde. Daher ist schon die von dem KG. gemachte Ausnahme höchst bedenklich, die eine Aufrechterhaltung der Vollversammlung durch die Satzung, wenngleich nur mit festumrissenen Aufgaben enthält. Das RG., auf das sich das KG. beruft, hat zwar den „Fortbestand des genossenschaftlichen Organs der GenVers. unter Beschränkung auf die Funktion als Wahlkörper für die Vertreterwahl“ für „unbedenklich zulässig“ erklärt. Aber es handelt sich dabei wohl nur um eine mißverständliche Ausdrucksweise des RG. Es bedeutet das keine Aufrechterhaltung der GenVers. als Organ, sondern lediglich als Wahlkörper, der ohnehin nur aus der Gesamtheit aller Genossen bestehen kann und keiner Verengerung zugänglich ist — insoweit ist das Stimmrecht des einzelnen Genossen unangetastet geblieben. Das KG. schließt jedoch, wie sein Hinweis auf § 27 Abs. 2 GenG. besagt, aus der rechtlich anerkannten Möglichkeit, weitere Organe neben der gesetzlich vorgeschriebenen Dreizahl zu bilden, daß die GenVers. als besonderes Organ mit bestimmten Aufgaben durch die Satzung aufrechterhalten werden könne. Durch die Schaffung eines fakultativen Organs können niemals die der GenVers., hier also der Vertreterversammlung gesetzlich zwingend zugewiesenen Funktionen verkürzt werden. Insbes. ist es nicht möglich, dieses Organ der GenVers. bzw. Vertreterversammlung sogar überzuordnen und es etwa mit der Abberufung der gewählten Vertreter vor Ablauf ihrer Amtszeit zu betrauen. Noch weniger ist selbstverständlich die Auffassung des LG. vertretbar, das der Vollversammlung der Genossen schon auf Grund des Gesetzes, ohne satzungsmäßige Begründung, die Aufgabe eines Kontrollorgans gegenüber der Vertreterversammlung zuweist.

II. Gleichwohl ist mit dem KG. nicht zu verkennen, daß der Mangel einer Kontrollinstanz gegenüber der Vertreterversammlung außerordentlich mißlich werden kann. Es ist ein höchst bedenklicher Zustand, daß die Vertreterversammlung und ebenso deren einzelne Mitglieder während der gesamten Amtsdauer tatsächlich unabsetzbar sind und insolange damit überhaupt nicht zur Verantwortung gezogen werden können. Auf die Gefahr einer Klüngelbildung habe ich schon unmittelbar nach Erlaß der Nov. v. 19. Jan. 1926 hingewiesen (Ruth, „Die Vertreterversammlung der e. Gen.“: ZBH. 1927, 85; vgl. auch Bergmann: ZBH. 1931, 80, „Verwaltungsherrschaft bei der Genossenschaft“). Die Gefahr ist um so größer, je mehr die Mitgliederzahl der Vertreterversammlung beschränkt ist und je stärker der Einfluß von Vorstand und Aufsichtsrat auf die Wahl der Vertreter (Wahlausschuß, Listenwahl) ausgestaltet ist. Beherrschen Vorstand und Aufsichtsrat die Vertreterversammlung, so sind auch diese beiden Organe völlig unabhängig und praktisch unabsetzbar. Es fehlt sogar an einer Bestimmung, die eine Haftung der „Vertreter“ für Pflichtverletzungen statuiert. Allerdings ist trotzdem (vgl. Ruth a. a. O. S. 85) ihre Haftung zu bejahen. Aber die Verfolgung solcher Ansprüche ist nur durch die Vertreterversammlung möglich. Zum mindesten wird es dazu vor Ablauf der Amtsperiode der betr. Vertreterversammlung kaum kommen. Und ob die neugewählte Vertreterversammlung sich zu einem solchen Vorgehen gegen schuldige Organmitglieder bereitfindet, hängt von deren Zusammensetzung ab, die wiederum Beeinflussungen unterliegen kann.

Die Vertreterversammlung leitet nicht minder als der Aufsichtsrat ihre Befugnisse aus dem Vertrauen der gesamten Genossen ab. Fehlt es hieran, so müßte eine Abberufung der Vertreterversammlung und Neuwahl gesetzlich gewährleistet sein. Das Gleiche hätte bzgl. der einzelnen Mitglieder der Vertreterversammlung sinngemäß zu gelten. § 43a ist in dieser Beziehung ungenügend durchdacht. Zum mindesten hätte gesetzlich Vorsorge getroffen werden müssen, daß die Zahl der Vertreter eine gewisse Mindestzahl nicht unterschreitet und jeder Einfluß von Vorstand und Aufsichtsrat auf die Vertreterversammlung ausgeschaltet ist, daß ferner auch die Wahlperiode keinesfalls über zwei Jahre hinausgeht. Das wäre bei der Rev. des GenG. unbedingt nachzuholen. Nach dem geltenden Recht ließe sich zwar eine Abberufung von Vertretern durch die Vertreterversammlung noch rechtfertigen (so Ruth a. a. O.), niemals aber eine Abberufung durch die Gesamtheit der Genossen, die doch den Vertretern ihr Mandat übertragen haben. § 43a ist also im wahrsten Sinn des Wortes eine *lex imperfecta*.

*Prof. Dr. Ruth*, Frankfurt a. M

*

**24. KG.** — §§ 96 Abs. 2, 91 Abs. 1 ArbGG.; §§ 156 ff. GVG.

1. Bei Beweisersuchen arbeitsgerichtlicher Schiedsgerichte gemäß § 96 Abs. 2 ArbGG. kommen die §§ 156 ff. GVG. zu sinngemäßer Anwendung. Über die Ablehnung eines solchen Ersuchens durch ein AG. entscheidet daher das übergeordnete OLG.

2. Geht das Ersuchen von einem Schiedsgericht aus, das auf Grund einer Tarifordnung des Treuhänders der Arbeit tätig geworden ist (§ 91 Abs. 1 ArbGG.), so hat das ersuchte Gericht auch die Zulässigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens, insbes. die dem Verfahren zugrunde liegende Tarifordnung, nachzuprüfen. †)

Das landwirtschaftliche Schiedsgericht in H. hat beim AG. in L. unter Berufung auf § 96 Abs. 2 ArbGG. beantragt, einen Zeugen über bestimmte Behauptungen der Parteien zu ver-

nehmen und ihn, falls es zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage erforderlich erscheine, auch zu vereidigen. Das ersuchte Gericht hat es abgelehnt, dem Antrage zu entsprechen, mit dem Bemerken, daß das Schiedsgericht zunächst seine Zuständigkeit nachweisen müsse. Hiergegen hat das landwirtschaftliche Schiedsgericht „Beschwerde“ eingelegt, die dem KG. zur Entsch. gemäß § 159 GVG. vorgelegt worden ist.

Die Zuständigkeit des KG. als des dem ersuchten Gericht übergeordneten OLG., die von der Anwendbarkeit der §§ 156 ff. GVG. auf den vorl. Sachverhalt abhängt, ist zu bejahen. Bei dem Ersuchen eines arbeitsgerichtlichen Schiedsgerichts um gerichtliche Beweiserhebungen gemäß § 96 Abs. 2 ArbGG. handelt es sich zwar nicht um eigentliche Rechtshilfe i. S. des 13. Titels des GVG., sondern um sogenannte Amtshilfe, so daß eine unmittelbare Anwendung der §§ 156 ff. GVG. nicht in Frage kommt (Jonas, Bem. V 2 zu § 1036 ZPO.). Auch über eine entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschriften fehlt es im Gegensatz zu der den Arbeitsgerichtsbehörden zu leistenden Rechtshilfe (§ 13 Abs. 2 ArbGG.) an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Indessen kann doch daraus, daß das Gesetz selbst in § 96 Abs. 2 die dem Schiedsgericht zu leistende Amtshilfe als Rechtshilfe bezeichnet, der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, den 13. Titel des GVG. hier sinngemäß anwendbar zu machen (Baumbach, Vorbem. 1, 2 b vor § 156 GVG.), eine Auffassung, die jedenfalls am meisten dem praktischen Bedürfnis entspricht. Die „Beschwerde“ des landwirtschaftlichen Schiedsgerichts kann also als eine Anrufung des KG. zur Entsch. über die Ablehnung des Beweisersuchens gemäß § 159 GVG. angesehen werden. Der Rechtsbehelf muß auch sachlich Erfolg haben.

Unter welchen Voraussetzungen das ersuchte Gericht die gemäß § 96 Abs. 2 ArbGG. beantragte Rechtshilfe ablehnen darf, ist im Gesetze nicht geregelt. Der § 158 GVG., wonach das Ersuchen nur abzulehnen ist, wenn dem ersuchten Gericht die örtliche Zuständigkeit mangelt oder die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist, erscheint mit Rücksicht darauf nicht ohne weiteres anwendbar, daß hier das Rechtshilfeersuchen nicht — wie sonst bei unmittelbarer oder entsprechender Anwendung der §§ 156 ff. GVG. — von einer öffentlich-rechtlichen Amtsstelle ausgeht, deren organisatorische Grundlage und Zuständigkeit feststehen oder wenigstens leicht nachprüfbar sind. Die einem Ersuchen nach § 96 Abs. 2 ArbGG. zugrunde liegenden Verhältnisse, die denen der gerichtlichen Amtshilfe im schiedsrichterlichen Verfahren der ZPO. (§ 1036) ähnlich sind, machen es vielmehr notwendig, daß das ersuchte Gericht nicht nur die Zulässigkeit der richterlichen Handlung und seine eigene Zuständigkeit nachprüft, sondern darüber hinaus auch die allgemeinen Voraussetzungen des Ersuchens, insbes. die Zulässigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens, in dem das Ersuchen ergangen ist; denn das Gericht darf „nicht unberechtigten Verfahren den staatlichen Arm leihen“.

Es ist also zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Tätigwerden des Schiedsgerichts nach § 91 ArbGG. vorliegen. Nach dessen hier in Frage kommendem Abs. 1 kann der Treuhänder der Arbeit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis, das sich nach einer Tarifordnung bestimmt, die Arbeitsgerichtsbarkeit in der Tarifordnung durch die ausdrückliche Bestimmung ausschließen, daß die Entsch. durch ein Schiedsgericht erfolgen soll. Das so berufene Schiedsgericht hat, wenn es um die Vornahme einer richterlichen Handlung gemäß § 96 Abs. 2 ersucht, dem ersuchten Gericht darzutun, daß eine den Streitfall betreffende Tarifordnung nach § 91 Abs. 1 ergangen ist. Das letztere ergibt sich hier entgegen der Ansicht des Antragstellers nicht schon daraus, daß nach dem Inhalt der mit dem Ersuchen vorgelegten Akten des landwirtschaftlichen Schiedsgerichts ein derartiges Verfahren schwebt und durch eine mit dem Dienstsiegel der Deutschen Arbeitsfront versehene Klage in Gang gebracht worden ist. Vielmehr kann das ersuchte Gericht in der Regel verlangen, daß das Schiedsgericht ihm die seinem Verfahren zugrunde liegende Tarifordnung vorlegt oder sonst zugänglich macht. Dieser Pflicht hat der Antragsteller hier zwar nicht genügt. Indessen ist aus den Schiedsgerichtsakten zu entnehmen, daß das schiedsgerichtliche Verfahren auf der Tarifordnung des zuständigen Treuhänders der Arbeit vom 1. Febr. 1935 beruht. Diese vom Treuhänder für das Wirtschaftsgebiet Mitteldeutschland erlassene Tarifordnung ist im RArbBl. 1935, VI, 94 auf Grund des § 32 Abs. 2 ArbOG. als Nachtrag zu der Rahmentarifordnung zur Regelung der Lohn- und Arbeitsverhältnisse in der Land- und Forstwirtschaft der Provinz Sachsen, Anhalts und des Bezirks Altstadt v. 17. Okt. 1930 vorschriftsmäßig bekanntgemacht worden und schreibt vor, daß für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lohnverhältnis, das sich aus dieser Tarifordnung bestimmt, gemäß § 32 ArbOG. Tarifschiedsgerichte ausdrücklich und endgültig zuständig sind, die je nach Bedarf gebildet werden. Da hier eine Gehaltsklage eines landwirtschaftlichen Inspektors in Anhalt gegen seinen Arbeitgeber den Gegenstand des schiedsgerichtlichen Verfahrens bildet, der Streit also ersichtlich unter die bezeichnete Tarifordnung fällt, ist die Zulässigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens und damit die Anwendbarkeit des § 96 Abs. 2 ArbGG. ausreichend dargetan. Eine darüber hinausgehende Feststellung, daß das ersuchende Schiedsgericht für den anhängigen Streit auch örtlich und sachlich zuständig sei, ist ebensowenig erforderlich und berechtigt wie die Prüfung des Beweisersuchens auf Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit der beantragten Beweishandlung. Ein Grund zur Ablehnung des Ersuchens kann deshalb auch daraus nicht hergeleitet werden, daß das zunächst beim landwirtschaftlichen Schiedsgericht in B. anhängige Verfahren nunmehr vom landwirtschaftlichen Schiedsgericht in H. bearbeitet wird, das auch den Rechtshilfeantrag gestellt hat. Die Erklärung des Antragstellers hierzu, daß lediglich die büromäßige Bearbeitung der in Anhalt anfallenden Schiedsgerichtsverfahren nach H. verlegt und ein anderer Vorsitzender von dem Treuhänder der Arbeit bestellt worden sei, muß dem ersuchten Gericht jedenfalls ausreichen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Jan. 1937, 1 Gen. IV 2 36/5.) [H.]

**Anmerkung:** Die Entsch. ist zutreffend. Grundsätzlich findet das GVG. nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit Anwendung (§ 2 EGGVG.), und es sind deshalb in den §§ 9 und 13 ArbGG. diejenigen Vorschriften des GVG., die auch im Verfahren vor den Arbeitsgerichtsbehörden entsprechend angewendet werden sollen, im einzelnen genau bezeichnet. Insbes. bestimmt § 13 Abs. 2 ArbGG., daß die Vorschriften des GVG. über Rechtshilfe entsprechend gelten sollen für die Rechtshilfe, die den Arbeitsgerichtsbehörden von den ArbG. und gegebenenfalls von den AG. zu leisten ist. Von der Beweiserhebung, die der Arbeitsgerichtsvorsitzende oder das AG. nach Maßgabe des § 96 ArbGG. auf Ersuchen eines Schiedsgerichts vorzunehmen hat, ist in § 13 Abs. 2 nicht die Rede, und sie wird auch von dem Wortlaut dieser Bestimmung zweifellos nicht mit ergriffen. Gleichwohl unterliegt es keinem Bedenken, sie auch auf den hier vorl. Fall des von einem Schiedsgericht gestellten Ersuchens um Beweiserhebung anzuwenden. Denn das allein entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Wollte man aus der Beschränkung der Vorschrift des § 13 Abs. 2 auf den Fall der Rechtshilfeersuchen der Gerichte untereinander den Schluß ziehen, daß sie auf den Tatbestand des Beweisersuchens von seiten eines Schiedsgerichts nicht angewendet werden könnte, so würde man auf den bedenklichen Abweg einer gedankenlosen Beweisführung aus dem Gegenteil (argumentum e contrario) geraten. Wenn es sich auch nicht um ein Rechtshilfeersuchen im strengen Sinne der §§ 156 ff. GVG. handeln mag, so liegt doch ein gleichartiger Fall vor, und daß bei Gleichartigkeit des Falles gleiches Recht zu gelten hat, ist von jeher anerkannter Auslegungsgrundsatz gewesen.

Wenn nun in entsprechender Anwendung des § 158 GVG. das ersuchte Gericht die Zulässigkeit der beantragten richterlichen Handlung zu prüfen hat, so wird man hieraus ohne weiteres folgern dürfen, daß ihm auch Recht und Pflicht zur Prüfung der Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens (§§ 91 ff. ArbGG.) zukommt. Denn die beantragte Beweiserhebung ist ja gesetzlich nur möglich, wenn die Voraussetzun-

gen der §§ 91 ff. gegeben sind, wenn also im vorl. Fall das schiedsgerichtliche Verfahren auf ausdrücklicher Bestimmung einer Tarifordnung beruhte.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

**25. KG.** — § 49 RVGfA. Der Übergang der Rechte des unfallversicherten Angestellten gemäß § 49 RVGfA. entspricht vollkommen dem des § 1542 RVO.

Der Kl. hat wegen eines Verkehrsunfalls Schadensersatz verlangt und unter anderem 400 RM Schmerzensgeld, Ersatz des Sachschadens in Höhe von 50 RM und 80 RM für Mehraufwendungen begehrt. Die geforderten Beträge sind angemessen.

Nach dem eigenen Vortrag hat indessen der Kl. auf Grund seines Unfalls im Laufe des Rechtsstreits von der RVersA. für Angestellte ein Ruhegeld von 65,90 RM erhalten. Außerdem bezieht er unbestritten eine widerrufliche laufende Unfallsrente von monatlich 155 RM, die ihm von der zuständigen Berufsgenossenschaft ebenfalls erst im Laufe des Rechtsstreits zuerkannt worden ist. Gemäß § 1542 RVO. und § 49 RVGfA., der nach seinem Wortlaut und Sinn völlig dem § 1542 RVO. entspricht (Eckert-Hoffmeister-Dobbernack, AVG., § 49; Wussow, Unfallrecht, 4. Aufl., S. 96 Anm. 1), zumal das RVGfA. nur die RVO. ergänzt, sind infolgedessen seine Schadensersatzansprüche in dieser Höhe auf die öffentlich-rechtlichen Versicherungsträger übergegangen. Da dieser Übergang die Ersatzansprüche für Sachschäden (Wussow a. a. O. S. 97; KG.: JW. 1936, 2936 [32]) und auf Schmerzensgeld (Wussow a. a. O. S. 97; RG.: JW. 1932, 2560 [10]; 1933, 787 [12]) nicht umfaßt, so ist der Kl. hinsichtlich dieser Ansprüche in voller Höhe forderungsberechtigt geblieben. Seinem Klagebegehren ist insoweit entsprechend der festgestellten Ersatzpflicht der Bekl. stattzugeben.

Im übrigen ist die Klage infolge des Übergangs des Ersatzanspruchs wegen der geforderten Mehraufwendungen abzuweisen. Die Anwendung der in BadRpr. 1936, 61 ff. und DR. 1936, 428 entwickelten Rechtsgrundsätze, daß nur solche Ansprüche übergehen, die der Versicherungsträger tilgt, auf den vorl. Ersatzanspruch wegen der Mehraufwendungen muß verneint werden. Dafür, ob ein Schadensersatzanspruch gem. § 1542 RVO. auf den Versicherungsträger übergeht, ist nicht ausschließlich der Umstand maßgebend, daß die Leistung des Versicherungsträgers und der Schadensersatzanspruch des Verletzten denselben Gegenstand betreffen. Wenn der Übergang der Ersatzansprüche für Sachschaden und auf Schmerzensgeld auf den Versicherungsträger gem. § 1542 RVO. von der Rspr. abgelehnt wird, so ist dafür allein der Sinn und der Wortlaut des § 1542 RVO. bestimmend, nach dem nur die Ersatzansprüche übergehen sollen, die dem Verletzten oder dessen Hinterbliebenen durch Krankheit, Invalidität oder Tod des Ernährers erwachsen. Unter diese aufgezählten Ersatzansprüche fallen daher mangels entgegenstehender besonderer Rechtsgründe auch die Ersatzansprüche für Mehraufwendungen.

(KG., 14. ZivSen., Urt. v. 20. Okt. 1936, 14 U 3251/36.)

## Oberlandesgerichte: Strafsachen

### Köln

**26. OLG.** — § 5 Abs. 3, § 3 BlutschG.; § 12 Abs. 2 der 1. AusfVO. Der Begriff des „Beschäftigens" einer deutschblütigen Angestellten in einem jüdischen Haushalt ist nur nach rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Daher ist nur der Haushaltungsvorstand wegen solcher verbotenen Beschäftigung strafbar. Denkbar ist die Strafbarkeit anderer Personen wegen Anstiftung oder Beihilfe. †)

Durch das angefochtene Urteil ist die Angekl. wegen Vergehens gegen §§ 3, 5 Abs. 3 BlutschutzG. zu einer Geldstrafe verurteilt worden.

Der früher mitangeklagte, inzwischen verstorbene, jüdische Ehemann der Angekl. hatte zwei deutschblütige weibliche Angestellte unter 45 Jahren in seinem Ladengeschäft beschäftigt. Diese beiden Angestellten haben im Auftrage der ebenfalls jüdischen Ehefrau häufig Hausarbeiten wie Bettmachen, Schuhputzen, Küchenaufräumen im Haushalt der Eheleute verrichtet.

Die Rev. rügt die Verletzung der §§ 3, 5 Abs. 3 a. a. O. und des § 12 der 1. VO. zur Ausführung dieses Gesetzes. Nach diesen Bestimmungen könne nur derjenige bestraft werden, der mit den Angestellten den Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, nicht aber jeder, der in dem jüdischen Haushalt die Dienstleistungen der Angestellten in Anspruch nehme.

Nach § 3 a. a. O. dürfen Juden weibliche Staatsangehörige deutschen oder artverwandten Blutes unter 45 Jahren in ihrem Haushalt nicht beschäftigen. Nach § 12 der 1. AllgVfg. z. BlutschutzG. ist im Haushalt beschäftigt, wer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses in die Hausgemeinschaft aufgenommen ist, oder wer mit alltäglichen Haushaltsarbeiten oder anderen alltäglichen, mit dem Haushalt in Verbindung stehenden Arbeiten beschäftigt ist. Gemäß § 5 Abs. 3 BlutschutzG. wird bestraft, wer den Bestimmungen des § 3 a. a. O. zuwiderhandelt, also derjenige, der den genannten Vorschriften zuwider die betr. Angestellten *beschäftigt*.

Hiernach kommt es für die nach dem Tode des früher mitangeklagten Ehemannes allein noch zu entscheidende Rechtsfrage der Strafbarkeit der vom AG. verurteilten Ehefrau auf die Beantwortung der Frage an, ob diese Ehefrau i. S. des BlutschutzG. die deutschblütigen Angestellten in ihrem Haushalt beschäftigt hat. Und dies wiederum bedingt eine Entsch. der Rechtsfrage, ob der Begriff des „Beschäftigens" i. S. des BlutschutzG. nach rechtlichen oder nach tatsächlichen Gesichtspunkten bestimmt werden soll.

Wird die rechtliche Auslegung für richtig und geboten gehalten, so tritt die Strafbarkeit in der Person desjenigen ein, der im rechtlichen Sinne die Einstellung der Hausgehilfin vorgenommen, mit ihr also den Arbeitsvertrag getätigt hat. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft also bei dieser Auslegung immer den Haushaltungsvorstand und damit praktisch in den meisten Fällen den Ehemann.

Diese Auslegung des Gesetzes nach der rechtlichen Seite hin führt zu dem erwünschten Ergebnis, daß die Person des strafrechtlichen Verantwortlichen in jedem Falle mit Leichtigkeit und ohne weitere Ermittelungen in tatsächlicher Richtung festzustellen ist. Auch das weitere Ergebnis, daß der Haushaltungsvorstand für alle Vorgänge in seinem Haushalt verantwortlich ist, unbekümmert um die Frage, ob er diese Vorgänge im einzelnen selbst vorgenommen oder veranlaßt hat, oder ob er ihre Vornahme nur stillschweigend geduldet oder sogar aus Unachtsamkeit gar nicht bemerkt hat, entspricht durchaus dem praktischen Bedürfnis und stellt auch keine Überspannung der Verantwortlichkeit des Haushaltungsvorstandes dar. Andererseits führt diese Auslegung naturgemäß auch zu der klaren Rechtsfolge, daß als Täter nur *eine* Person dieses „Beschäftigen" im Rechtssinne vornehmen und dafür auch die strafrechtliche Verantwortung tragen kann, und zwar eben dieser Haushaltungsvorstand, daß aber eine strafrechtliche Heranziehung einer weiteren Person außer ihm als Täter nicht in Frage kommen kann, auch wenn diese vielleicht tatsächlich durch Erteilung entsprechender Aufträge an die weiblichen Angestellten irgendwie an der „Beschäftigung" der Mädchen mitgewirkt hat.

Im Gegensatz hierzu läßt sich nun auch die Auffassung vertreten, daß die Auslegung des Begriffes „Beschäftigen" nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten, sondern rein praktisch nach der tatsächlichen Seite dahin vorzunehmen ist, wer den entsprechenden Auftrag zur Arbeitsleistung in einem jüdischen Haushalt an die deutschstämmige Hausgehilfin erteilt hat. Diese Auslegung führt dazu, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen Person aufzuerlegen, die tatsächlich den Haushalt führt und die erforderlichen Anordnungen trifft, also in den meisten Fällen der Ehefrau. Es ist nicht zu verkennen, daß auch für diese Auffassung manche Gesichtspunkte vorgebracht werden können. Nach dem Sinne des Gesetzes sollen die weiblichen Hausangestellten vor rasseverderblichen Gefährdungen geschützt

werden. Solche Gefährdung geht nun sicherlich nicht nur von demjenigen aus, der einen Arbeitsvertrag abschließt und dann auf Grund dieses Arbeitsverhältnisses ein Mädchen mit Haushaltsarbeiten beauftragt, sondern auch von demjenigen, der sie auf Grund eines mit einem anderen abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses in den jüdischen Haushalt hineinbringt und dort tätig werden läßt. Daher ist nach dem Zweck des Gesetzes eine ausdehnende Auslegung des Begriffes eigentlich geboten. Andererseits aber führt diese Auslegung doch zu Ergebnissen, die unerwünscht erscheinen.

Schon oben ist darauf hingewiesen, daß diese Auslegung eine genaue Ermittelung erfordert, wer tatsächlich im Einzelfall die Beauftragung der Hausgehilfin vorgenommen hat. Sodann würde bei solcher Auslegung der Kreis der möglicherweise strafbaren Personen nicht auf die Eheleute beschränkt bleiben, sondern weitergreifen können. So könnte z. B. die nach dem Tode der Mutter den Haushalt für den Vater fortführende Tochter der Strafvorschrift unterstellt sein, ja es würde sich die weitere Frage ergeben können, ob auch eine für den jüdischen Haushaltungsvorstand führende Wirtschafterin der Strafbarkeit unterläge, weil sie in tatsächlicher Hinsicht die Beschäftigung vornimmt. Schließlich aber würde diese Auslegung in fast allen Fällen dazu führen, daß mehrere oder jedenfalls zwei Personen sich durch einen Verstoß gegen § 3 BlutschutzG. strafbar machen würden. Denn wenn auch möglicherweise die Ehefrau allein die Einstellung und Beauftragung der Hausgehilfin vornehmen kann, würde doch auch der Ehemann der Strafbarkeit unterliegen müssen, weil er die Anordnungen seiner Ehefrau ausdrücklich oder stillschweigend duldet.

Wenn hiernach auch nicht verkannt werden soll, daß beide Auslegungsarten des Begriffes möglich und vertretbar sind, entschließt sich der Senat dennoch aus den teilweisen schon hervorgehobenen Gründen dazu, nur die erstere Auslegung als richtig anzusehen. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes erscheint es geboten, daß die strafrechtliche Verantwortlichkeit ohne weiteres klar steht und nicht von umständlichen tatsächlichen Erörterungen abhängt, deren Klarstellung vielfache Möglichkeiten zu Ausreden und Auswegen eröffnen würde. Die zivilrechtliche Haftbarkeit des Haushaltungsvorstandes für alle mit der Hausgehilfin zusammenhängenden Rechtsfragen steht außer Zweifel. So liegt es nahe, daß nach der Ansicht des Gesetzes er auch in diesem strafrechtlichen Sonderfall die Verantwortung tragen soll und muß. Wenn demgegenüber darauf hingewiesen werden kann, daß für den Fall einer kürzer oder länger andauernden Abwesenheit des Haushaltungsvorstandes für zwischenzeitliche Maßnahmen seiner Ehefrau ihm keine Verantwortung aufgebürdet werden könne, so kann dies nicht anerkannt werden, da es wohl zumutbar erscheint, dem Haushaltungsvorstand auch für den Fall seiner Abwesenheit eine Verpflichtung zur Unterrichtung über die während dieser Zeit von seiner Ehefrau vorgenommenen Maßnahmen aufzubürden.

In dieser Auffassung befindet sich der Senat in Übereinstimmung mit der in dem Kommentar von Stuckart-Globke zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht. Dort heißt es in den Anmerkungen zu § 5 unter III 13 ausdrücklich: „Strafbar ist der Haushaltungsvorstand." Auch aus anderen Erläuterungen des Kommentars ist mit Deutlichkeit ersichtlich, daß die Verfasser aus Rechtsgründen den Haushaltungsvorstand und lediglich diesen als strafrechtlich Verantwortlichen ansehen. Die Tatsache, daß dieser Kommentar, von dem mit der Bewegung zur Erneuerung des deutschen Rechts lebhaft verbundenen StSekr. Dr. Stuckart herausgegeben worden ist, begründet zudem die berechtigte Annahme, daß es sich bei der geäußerten Rechtsansicht nicht lediglich um die persönliche Ansicht des Kommentators handelt, sondern daß diese Ansicht auf Erörterungen gegründet ist, die bei der Ausarbeitung des Gesetzes in der Regierung gepflogen worden sind.

Die notwendige Rechtsfolge dieser Auslegung ist, wie bereits betont, daß dann auch lediglich der Haushaltungsvorstand verantwortlich ist und neben ihm ein strafbares Handeln einer andern Person als Mittäter rechtlich nicht möglich ist.

Dies schließt jedoch nicht aus, die Handlungsweise der Ehefrau aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten zu werten und in ihrem Verhalten eine andere Tätigkeitsform zu erblicken. Ebenso wie es denkbar erscheint, daß die Ehefrau den Haushaltungsvorstand zu dem von ihm begangenen Vergehen gegen das BlutschutzG. anstiftet und sich dadurch strafbar macht, besteht jedenfalls die rechtliche Möglichkeit, daß sie sich auch in der Form der Beihilfe an der von dem Haushaltungsvorstand begangenen Verfehlung beteiligt, und dann zwar nicht als Täterin oder Mittäterin, sondern als Gehilfin der Strafbarkeit aus § 49 StGB. i. Verb. m. dem BlutschutzG. unterliegt.

(OLG. Köln, StrSen. in Saarlautern, U. v. 3. Dez. 1936, SSs 12/36.)

**Anmerkung:** Die Auslegung des § 3 BlutschutzG. vom 15. Sept. 1935 (RGBl. I, 1146) hat in der gerichtlichen Praxis schon zu mancherlei Zweifeln Anlaß gegeben, obwohl im § 12 der 1. AusfVO. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1334) schon eine Reihe von Fragen, zu denen das nur den Grundsatz aussprechende Gesetz keine ausdrückliche Stellung nehmen konnte, ihre Entsch. gefunden haben. Neben den Zweifeln über die Frage, wann eine „Beschäftigung" in einem jüdischen Haushalt vorliegt (vgl. hierzu u. a. DJ. 1936, 866 und 1937, 245) spielt wohl die Frage nach dem Kreis der Personen, die als Täter oder Teilnehmer für eine Straftat nach den §§ 3, 5 Abs. 3 BlutschutzG. in Frage kommen, die größte Rolle. Die Erläuterungsbücher zum BlutschutzG. und die sonstige Literatur nehmen zu dieser Frage nur sehr kurz Stellung. In der Rspr. sind aber bisher sehr verschiedene Auffassungen vertreten worden. Dabei hat es sich allerdings stets um die Frage der strafrechtlichen Würdigung der Teilnahme von Eheleuten an der fraglichen Straftat gehandelt, während die gleiche Rechtsfrage in Fällen, in denen der jüdische Haushalt in Abwesenheit einer Hausfrau durch eine Verwandte des Haushaltungsvorstands, eine Wirtschafterin u. ä., geführt wurde oder in denen der Haushalt dadurch zu einem jüdischen i. S. des Gesetzes geworden ist, daß ein Jude, der nicht Haushaltungsvorstand ist, dem Haushalt angehört — soweit erkennbar — noch nicht zur gerichtlichen Beurteilung gekommen ist. Manche Gerichte haben lediglich die im jüdischen Haushalt lebende Ehefrau als diejenige, die die Hausangestellte tatsächlich beschäftigt, als strafbar angesehen, andere Gerichte haben die zum Haushalt gehörigen Eheleute als Mittäter, wiederum andere Gerichte den Ehemann als Täter, die Ehefrau als Gehilfin bestraft. Doch lassen alle diese — nicht veröffentlichten — Urteile eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem aufgetauchten Problem vermissen. Das vorl. Urt. des StrSen. in Saarlautern ist das erste, das sich in ausführlichen und sorgfältigen Darlegungen mit den aufgetauchten Streitfragen auseinandersetzt.

Unbedenklich zugestimmt kann dem Urteil m. E. insoweit werden, daß regelmäßig und in erster Linie der Ehemann als der Haushaltungsvorstand und damit als der Arbeitgeber der in dem jüdischen Haushalt beschäftigten Hausangestellten als Täter für ein Vergehen gegen die §§ 3, 5 Abs. 3 BlutschutzG. in Frage kommt. Dabei darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich von anderen Voraussetzungen als die zivilrechtliche Würdigung ausgehen muß. Dies gilt schon bei der Feststellung des objektiven Tatbestands; insbes. darf aber bei der strafrechtlichen Beurteilung — hierauf scheint mir gegenüber dem vorl. Urteil besonderer Anlaß zu einem Hinweis zu bestehen — der subjektive Tatbestand nicht außer acht gelassen werden. Um eine Bestrafung eintreten lassen zu können, muß dem Täter neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen Vorsatz oder zum mindesten bedingter Vorsatz nachgewiesen werden. Eine Bestrafung wegen einer fahrlässigen Nichtbeachtung des in § 3 BlutschutzG. ausgesprochenen Verbots erscheint nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen (vgl. hierzu RGSt. 49, 116) nicht zulässig, da es sich im vorl. Fall um die Bestrafung echten kriminellen Unrechts, nicht etwa nur um ein Polizeidelikt handelt. In Fällen einer kürzeren oder längeren Abwesenheit des Haushaltungsvorstands kann z. B. eine derartige Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse eintreten, daß schon objektiv ein Wechsel in der Person des Haushaltungsvorstands als eingetreten erachtet werden muß oder aber diesem subjektiv

Vorgänge infolge Unkenntnis nicht zugerechnet werden können (§ 59 RStGB.). In solchen Fällen muß dann ein Wechsel in der Heranziehung zur strafrechtlichen Verantwortung eintreten. Auf eine Bestrafung völlig zu verzichten, kann nicht in Frage kommen, denn das Verbot als solches verliert durch solche Veränderungen seine Wirkung nicht (vgl. hierzu Gerber: RVerwBl. 1936, 541). In erster Linie wird hier die dem jüdischen Haushalt angehörende Ehefrau statt ihres Ehemanns herangezogen werden müssen. Fehlt es an einer solchen, so erscheint es mir — wohl auch im Gegensatz zu obigem Urteil — nicht ausgeschlossen, eine Person zu bestrafen, die im Haushalt die Rolle der Hausfrau übernommen hat. Erwägenswert bleibt dabei allerdings, ob nicht einer allzu starken Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortung dadurch begegnet werden kann, daß der Bestimmung des Gesetzes, daß die Beschäftigung „in ihrem Haushalt" erfolgen muß, entsprechende Beachtung geschenkt wird.

Nicht zweifelsfrei will mir das Urteil auch insofern erscheinen, als es ausführt, daß für eine strafbare Handlung einer anderen Person neben dem Haushaltungsvorstand als Mittäter kein Raum sei. In aller Regel wird vielmehr die Ehefrau oder die an ihre Stelle im frauenlosen Haushalt tretende Person diejenige sein, die die Beschäftigung der Hausangestellten unmittelbar veranlaßt und damit den Gefährdungstatbestand schafft. Sie will diese Tat, deren Strafbarkeit sie kennt, meist auch als eigene, es sei denn, daß sie einen Widerspruch gegen die Anstellung und Beschäftigung der Hausangestellten ausdrücklich zu erkennen gegeben hat. In solchen Fällen entspricht es m. E. sowohl der objektiven Sachlage, als auch der Willensrichtung der betr. Frau mehr, sie neben dem Haushaltungsvorstand als Mittäterin zu bestrafen, als nur als seine Gehilfin. Die in dem obigen Urteil ausgesprochene Befürchtung, daß der Kreis der Personen, die der Bestrafung unterliegen können, bei einer solchen ausdehnenden Gesetzesauslegung nicht leicht erkennbar sei und über Gebühr ausgedehnt werden könne, vermag ich im Hinblick auf den gebotenen tatkräftigen Schutz der deutschen Rasse und der deutschen Ehre nicht zu teilen.

Wenn das Urteil zum Schluß noch ausführt, daß das Verhalten der Ehefrau unter gewissen tatsächlichen Umständen als Anstiftung zur Straftat des Ehemanns gewertet werden könne und müsse, so kann ihm insoweit m. E. wieder voll zugestimmt werden.

Erster StA. Dr. v. Schroeter, Berlin.

## Landgerichte: Zivilsachen

**Altona**

**27.** LG. — §§ 850, 850b ZPO. Schwerarbeiterzulagen sind unpfändbar.

Laut Vollstreckungstitel hat der Schuldner an seine von ihm getrennt lebende Ehefrau eine wöchentliche Unterhaltsrente zu zahlen. Infolge seines Verzuges hat die Gläubigerin seinen Lohnanspruch dergestalt pfänden und sich überweisen lassen, daß ihm 25 RM netto wöchentlich pfandfrei verbleiben. Gegen diesen Beschl. haben beide Parteien sofortige Beschw. erhoben, die Frau mit dem Antrage, dem Schuldner nur 20 RM wöchentlich zu belassen, der Mann mit dem Antrage, die Summe auf 30 RM zu erhöhen.

Der Arbeitslohn des Schuldners kann nach §§ 850 b, 850 Abs. 3 ZPO. wegen Unterhaltsforderungen so weit gepfändet werden, daß dem Schuldner nur der notwendige Unterhalt verbleibt. Hierfür rechnet die Kammer in Berücksichtigung der großstädtischen Verhältnisse in Hamburg-Altona regelmäßig 20 RM wöchentlich. Dieser Betrag war hier zu erhöhen. Der Schuldner ist bei der städtischen Müllabfuhr tätig. Im Hinblick auf die Art dieser Tätigkeit, die nicht an eine feste Betriebsstelle gebunden ist, und im Hinblick auf die Schwere der Arbeit erhält der Schuldner eine wöchentliche Schwerarbeiterzulage von 7,43 RM. Diese muß dem Schuldner wegen ihrer Zweckgebundenheit verbleiben, da sie einen Ausgleich darstellt für den erhöhten Bedarf des Schuldners im Verhältnis zu sonstigen Arbeitern. Der pfandfreie Betrag ist deshalb um diese Summe auf wöchentlich 27,43 RM netto erhöht. Für eine weitere Erhöhung liegt kein Grund vor. Deshalb war die sofortige Beschw. der Gläubigerin zurückzuweisen und auf die sofortige Beschw. des Schuldners unter Zurückweisung im übrigen der angefochtene Beschluß abzuändern.

(LG. Altona, 7. ZK., Beschl. v. 24. Nov. 1936, 7 T 960/36 und 971/36.)

*

**Berlin**

**28.** LG. — §§ 850, 850b ZPO.

1. In dem üblichen Satz von 103 RM für den notwendigen Unterhalt eines Angestellten in Berlin ist das Fahrgeld zur Arbeitsstätte einbegriffen.

2. Die Prämienzahlung für eine Lebensversicherung berechtigt nicht zur Kürzung der Unterhaltsleistung.

3. Ein Angestellter in der Reichsleitung der NS.-Volkswohlfahrt, der nebenbei ehrenamtlich in der Partei tätig ist, hat höhere Aufwendungen für seinen Unterhalt zu machen als ein anderer Angestellter. Für ihn sind 112 RM monatlich netto erforderlich.

(LG. Berlin, 9. ZK., Beschl. v. 17. Febr. 1937, 209 T 14587/36.)

*

**29.** LG. — §§ 850, 850b ZPO. Hat eine Hausangestellte freie Verpflegung und Unterkunft, so genügen bei Unterhaltspfändung 30 RM monatlich für ihren notwendigen Unterhalt und ist der Mehrbetrag pfändbar.

(LG. Berlin, 9. ZK., Beschl. v. 29. Juli 1936, 209 T 8150/36.)

*

**Hamburg**

**30.** LG. — §§ 186 ff. BGB. Kündigungsfristen müssen genau eingehalten werden; die Bestimmungen über die Fristen müssen streng ausgelegt werden.

Nach dem einwandfreien Wortlaut des Versicherungsscheins kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Versicherung am 1. Nov. 1933 begonnen hat und das Versicherungsjahr demnach jeweils mit dem 31. Okt. endigte. Der Bekl. mußte also gemäß § 24 AllgVersBed. so rechtzeitig kündigen, daß seine Kündigung spätestens am 30. Sept. der Kl. zugegangen war. Dies ist unstreitig nicht geschehen. Vielmehr ist das Kündigungsschreiben der Kl. erst am 1. Okt. 1935 mit der ersten Postzustellung zugegangen. Eine solche Kündigung ist nicht nur nicht rechtzeitig, sondern der Bekl. kann auch nicht verlangen, daß eine solche von der Kl. wegen der geringen Verspätung nach Treu und Glauben als rechtzeitig behandelt werden muß. Das Gericht ist der Ansicht, daß die Bestimmungen über Fristen, die im Interesse der Verkehrssicherheit erlassen worden sind, streng ausgelegt werden müssen, weil andernfalls eine allgemeine Rechtsunsicherheit um sich greifen würde. Hierbei ist es ohne Belang, ob die Verspätung eine mehr oder weniger geringfügige ist, da es unmöglich ist, eine sichere Grenze zu ziehen zwischen geringfügiger und nicht mehr geringfügiger Verspätung. Eine derartige Rspr. würde dazu führen, daß niemand mehr wüßte, ob ein Vertrag bestehe oder wirksam aufgekündigt sei. Hinzu kommt, daß der Bekl. keine ersichtliche Veranlassung gehabt hat, mit der Absendung des Kündigungsschreibens bis zum letzten Augenblick zu warten. Jedenfalls hat er derartige Gründe nicht behauptet. Der Bekl. erscheint also nicht einmal besonders schutzwürdig und muß das Risiko seines langen Zuwartens auf sich nehmen. ...

(LG. Hamburg, 2. ZK., Urt. v. 10. März 1937, 2 S 2/37.)

## Landgerichte: Strafsachen

**Chemnitz**

**31.** LG. — Die sog. Ersatzhehlerei ist gemäß §§ 2, 259 StGB. strafbar.†)

Der Angekl. W. hatte am ... in Ch. seinem Schwager 500 RM gestohlen. Nachdem er einen Teil des Geldes vertan hatte, fuhr er mit einem Rest von 270 RM nach Leipzig. Hier verjubelte er in einer einzigen Nacht zusammen mit den Angekl. L. und D. diesen Betrag. Er bezahlte in verschiedenen Gastwirtschaften für seine Freunde L. und D. die von diesen gemachten Zechen, bezahlte für D. auch eine Prostituierte, mit der sich D. eingelassen hatte. Die Angekl. L. und D. wußten von vornherein, daß W. das Geld, mit dem er für sie bezahlte, gestohlen hatte.

Auf die Handlungsweise der beiden Angekl. L. und D. findet die Bestimmung des § 259 StGB. über Sachhehlerei keine unmittelbare Anwendung, da nicht die gekauften und verzehrten Nahrungs- und Genußmittel, die die beiden zu sich genommen haben, durch Diebstahl erworben sind, sondern da nur das Geld, mit dem die Speisen und Getränke jeweils bezahlt worden sind, durch eine strafbare Handlung, nämlich den Diebstahl des W., erlangt war. Nach § 2 StGB. sind die Angekl. L. und D. dennoch zu bestrafen. Nach dem gesunden Volksempfinden erfordert das Tun beider Angekl. Bestrafung. Die Moral und das Gewissen sagen jedem Menschen, der Gefühl für Recht und Unrecht noch nicht verloren hat, daß derjenige, der gestohlenes Gut, ohne es selbst in die Hand zu nehmen, oder den Erlös aus gestohlenem Gute, obwohl er weiß, daß es gestohlen ist, mit vertut, ja sinnlos mit verschleudert, in gleicher Weise unrecht tut wie der, der selbst gestohlen hat. Die Handlungsweise der beiden Angekl. verdient Bestrafung nach dem Grundgedanken der Vorschrift des § 259 StGB.; denn der Grund für eine Bestrafung ist in der unsittlichen und unmoralischen Teilnahme an dem Erlös der Vortat zu erblicken.

(LG. Chemnitz v. 9. März 1937, 3 Ns 2/37.)

**Anmerkung:** Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie vertritt mit Recht den Standpunkt, daß die sog. Ersatzhehlerei in „entsprechender" Anwendung des § 259 StGB. strafbar ist, weil der Strafgrund des § 259 nicht in der Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen Zustandes, sondern in der Beteiligung an dem Erfolg der Vortat zu erblicken ist. Auch die übrigen bisher bekanntgewordenen Urteile der Instanzgerichte, die sich mit dieser Frage zu beschäftigen hatten — ober- und höchstrichterliche Urteile liegen noch nicht vor —, haben trotz der gelegentlich im Schrifttum geäußerten Bedenken durchweg den gleichen Standpunkt eingenommen (vgl. die in JW. 1936, 1229[23] und 3014[70] veröffentlichten Urt. der AG. Strausberg und Braunschweig und dazu meine Anm. a. a. O. S. 1230 und 3014).

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

*

**Stolp**

**32.** LG. — §§ 2, 242 StGB. Der Eigentümer einer Sache, die er einem Dritten unter Eigentumsvorbehalt übertragen hat, kann in entsprechender Anwendung (§ 2 StGB.) des § 242 StGB. bestraft werden, wenn er die Sache dem Dritten in Zueignungsabsicht wegnimmt.

1. Urteil des Schöffengerichts

Der Angekl. betrieb in B. auf einem ihm gehörigen Grundstück ein Kolonialwarengeschäft, das er mit Wirkung v. 1. März 1936 an die Zeugin Z. verpachtet hatte. In dem Pachtvertrage hat er sich das Eigentumsrecht an dem zum Preise von 4000 RM verkauften Warenlager bis zur endgültigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. Es sind bisher 2500 RM abgezahlt. Der Laden befindet sich in den unteren Räumen des Wohnhauses. Zu ihm gehört außer einer kleinen Küche noch ein kleines Zimmer, in welchem die Pächterin wohnt. Der Angekl. selbst bewohnte die obere in dem Hause befindliche Wohnung.

Der Zeugin Z. war im April und Mai 1936 schon aufgefallen daß Waren entwendet wurden. Insbesondere am 1. Mai machte sie die Beobachtung, daß aus einem von ihr kurz vor ihrem Weggange aus dem Hause geöffneten Zigarettenpaket 17 Schachteln fehlten. (Am ... wurde der Angekl. bei dem Versuch, in Abwesenheit der Pächterin weitere Waren zu entwenden, überrascht.) Er hatte die zu dem Laden gehörige Wohnung der Pächterin mit einem zweiten Schlüssel zur Küchentür geöffnet, der nach seinen Angaben bei Übergabe des Geschäftes nicht aufzufinden war und deshalb der Zeugin Z. nicht ausgehändigt werden konnte.

Der Angekl. ist danach des vollendeten schweren Diebstahls schuldig. Zwar kann eine unmittelbare Anwendung der §§ 242, 243 Nr. 3 nicht erfolgen, da die entwendeten Sachen von ihm unter Eigentumsvorbehalt an die Zeugin Z. veräußert worden waren und er infolgedessen noch Eigentum daran hatte.

Allerdings ist das Wegnehmen eigener Sachen schon gem. § 289 StGB. unter Strafe gestellt. Indessen gehört die Erwerberin des Warenlagers nicht zu dem Personenkreis, der im § 289 StGB. geschützt wird; denn der Eigentumsvorbehalt beeinträchtigte sie nicht in ihrer Verfügungsmacht über die gekauften Waren, die sie sogar veräußern durfte. Die Bestimmung des § 289 StGB. geht davon aus, daß der Eigentümer noch eine derartige Verfügungsgewalt über sein Eigentum hat, daß zum mindesten der Gegenstand selbst ihm erhalten bleibt und daß er lediglich in seinen Besitzrechten geschmälert ist.

Danach scheidet eine strafbare Handlung nach § 289 StGB. aus. Die Tat des Angekl. verdient jedoch nach dem Grundgedanken der Diebstahlsbestimmungen und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung (§ 2 StGB.).

Seine Handlungsweise erfüllt nur insofern den Tatbestand der §§ 242, 243 Nr. 3 StGB. nicht, als nach bisheriger Auffassung ein Diebstahl an eigenen Sachen nicht möglich war. Indessen muß diese Auffassung geändert werden, da bei der Abfassung der Diebstahlsbestimmungen des StGB. die Veräußerung von Gegenständen unter Eigentumsvorbehalt noch nicht in dem ausgedehnten Maße üblich war wie heute. Hinzu kommt, daß gerade bei der Überlassung eines Warenlagers unter Eigentumsvorbehalt lediglich an eine Sicherung gedacht ist und im übrigen die Verfügungsbefugnis des Eigentümers so weit beschränkt ist, daß die Gegenstände für ihn ohne Bedenken als fremde angesehen werden können. Sein Rückgriffsrecht auf die Gegenstände ist bei ordnungsmäßiger Erfüllung des andern Vertragsteils vollkommen ausgeschlossen. Außerdem kann er nicht verhindern, daß die ihm gehörenden Waren in ordnungsmäßigem Geschäftsgange von dem Vertragsgegner veräußert werden können. Es würde daher nach gesundem Volksempfinden nicht zu verstehen sein, wenn der Angekl. womöglich straffrei ausgehen sollte, obwohl seine Handlungsweise noch besonders deshalb zu verurteilen ist, weil er den Grundsatz von Treu und Glauben seinem Vertragsgegner gegenüber verletzt hat. Seine Tat ist nicht milder, sondern im Gegenteil noch schärfer zu bestrafen. Der mittelbaren Anwendung der §§ 242, 243 Nr. 3 steht auch nicht der Umstand entgegen, daß vielleicht Bedenken in der Richtung bestehen könnten, ob der Angekl. die Waren in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnehmen kann. Aus den vorhergehenden Gründen ergibt sich, daß das Eigentum des Angekl. durch seinen Vertrag so beschränkt ist, daß zur Erlangung seines freien Eigentums ein dahingehender Wille erforderlich ist, den der Angekl. nach Lage der Sache auch gehabt hat.

Somit war der Angekl. unter Anwendung des § 2 StGB. des schweren Diebstahls (§§ 242, 243 Nr. 3 StGB.) schuldig.

(SchöffG. Lauenburg [Pomm.] v. 9. Juni 1936, 1 Ls 24/36.)

2. Urteil der Strafkammer

... Auch das BG. kommt zu der Feststellung, daß der Angekl. des vollendeten schweren Diebstahls nach §§ 242, 243 Nr. 3 StGB. in Anwendung des § 2 StGB. schuldig ist. Die Rechtsauffassung des Urt. des SchöffG. macht sich die StrK. vollinhaltlich zu eigen.

(LG. Stolp [Pomm.], Gr. StrK. v. 13. Jan. 1937, 1 Ls N 24/36.)

## Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

**** 33. § 24 Abs. 1 Satz 3 der 2. DurchfVO. zum RArbDG. v. 1. Okt. 1935 und §§ 3, 5, 17 VO. über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner v. 30. Sept. 1936 gelten nur für Angehörige des Reichsarbeitsdienstes, die nach Erfüllung ihrer Dienstpflicht ausscheiden, nicht auch für solche Personen, die im freiwilligen Arbeitsdienst tätig gewesen sind.**

Der Kl. ist beim Bekl. als Koch gegen einen Monatslohn von 86 *RM* eingestellt und bis Ende April 1936 tätig gewesen. Er hat geltend gemacht, daß ihm ein Tariflohn von 129,60 *RM* monatlich zustehe, und hat Nachzahlung der Differenz verlangt. Er beruft sich auf den für ihn maßgebenden Tarifvertrag, der nur für den Kochgehilfen im 1. Jahr nach der Lehre einen geringeren Tariflohn vorsieht, während der Kochgehilfe im übrigen einen Tariflohn von 129,60 *RM* zu beanspruchen hat, und macht weiter geltend, das im Arbeitsdienst verbrachte Jahr sei ihm als erstes Jahr nach der Lehre anzurechnen, da im § 24 der 2. DurchfVO. zum RArbDG. v. 1. Okt. 1935 (RGBl. I, 1215) bestimmt sei, daß Angehörigen des Reichsarbeitsdienstes, die nach Erfüllung ihrer Dienstpflicht in Ehren aus dem Reichsarbeitsdienst geschieden seien, bei Rückkehr in den Zivilberuf aus der durch die Arbeitsdienstpflicht bedingten Abwesenheit kein Nachteil erwachsen dürfe.

Die Klage ist abgewiesen.

Der Kl. hat den Dienst noch im freiwilligen Arbeitsdienst abgeleistet. Auf ihn findet daher die Bestimmung des Satz 3 des § 24 Abs. 1 der erwähnten 2. DurchfVO. unmittelbar jedenfalls keine Anwendung. Denn diese VO. ist zur Durchführung und Ergänzung des RArbDG. ergangen und ihr § 24 enthält dementsprechend Bestimmungen auch nur für Angehörige des Reichsarbeitsdienstes, die nach Erfüllung ihrer Dienstpflicht aus dem Reichsarbeitsdienst ausscheiden. Die VO. enthält keine ausdrückliche Bestimmung, welche die Anwendung auch auf solche Personen anordnet, die im freiwilligen Arbeitsdienst tätig gewesen sind. Der § 24 VO. ist inzwischen ersetzt worden durch die in der VO. über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner v. 30. Sept. 1936 (RGBl. I, 865) getroffene Regelung. Nach § 3 i. Verb. m. § 17 (vgl. auch § 20) dieser VO. darf den Arbeitsmännern bei Rückkehr in den Zivilberuf aus der durch den Arbeitsdienst bedingten Abwesenheit kein Nachteil erwachsen; dies ist zu beachten, wenn Ansprüche von einer bestimmten Zeit der Berufs- oder Betriebszugehörigkeit abhängig sind. Nach § 5 i. Verb. m. § 17 VO. v. 20. Sept. 1936 sind Arbeitsmänner, die nach erfüllter Arbeitsdienstpflicht aus dem Arbeitsdienst ausscheiden und noch nicht in der freien Wirtschaft tätig waren, nach sechsmonatiger Zugehörigkeit zu dem Betrieb der freien Wirtschaft i. S. des § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 so zu behandeln, als wenn sie während der Zeit, in der sie der Arbeitsdienstpflicht genügten, bereits in gleicher Weise beschäftigt gewesen wären. Diese nach § 23 mit dem 1. Okt. 1936 in Kraft getretene Bestimmung enthält eine besondere und den allgemeinen Grundsatz des § 24 VO. v. 1. Okt. 1935 einschränkende Regelung, die gleichwohl, wenn sie auf den Kl. Anwendung zu finden hätte, zur Folge haben würde, daß dem Kl. der Klageanspruch zugesprochen werden müßte. Aber auch diese Bestimmung ist lediglich für diejenigen getroffen, die im Reichsarbeitsdienst ihrer gesetzlichen Dienstpflicht genügt haben. Es kann sich deshalb nur fragen, ob in entsprechender Anwendung dieser Bestimmungen eine Anrechnung auch der im freiwilligen Arbeitsdienst verbrachten Zeit möglich ist. Das erscheint aber nicht angängig. Zwar ist im § 2 VO. v. 1. Okt. 1935 bestimmt, daß die Arbeitsdienstpflicht für diejenigen Dienstpflichtigen als erfüllt gilt, die vor dem 1. Okt. 1935 den Arbeitspaß erhalten haben oder nachweisen, daß sie vor dem 15. Dez. 1935 mindestens 20 Wochen im freiwilligen Arbeitsdienst gestanden haben. Die Bedeutung dieser Vorschrift erschöpft sich jedoch darin, daß diejenigen Personen, die diese Voraussetzung erfüllen, einer Verpflichtung zur Ableistung des Reichsarbeitsdienstes nicht mehr unterliegen. Daß sie aber im übrigen auch in der Wirtschaft ebenso zu behandeln seien, wie solche, die in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflicht den Reichsarbeitsdienst abgeleistet haben, kann weder dieser Vorschrift, noch irgendwelchen sonstigen Vorschriften entnommen werden.

(RArbG., Urt. v. 10. Febr. 1937, RAG 192/36. — Düsseldorf.)

*

**34. § 612 Abs. 1 BGB. Werden gemeinnützige Einrichtungen grundsätzlich ehrenamtlich verwaltet, so kann ein Dienstlohn auch dann nicht als stillschweigend vereinbart gelten, wenn die Tätigkeit schließlich die volle Arbeitskraft beansprucht.**

Der Kl., der seit Jahren arbeitslos ist und Wohlfahrtsunterstützung bezieht, ist seit Anfang April 1935 auf einem Revierbüro III der beklagten Ortsgruppe des Reichsluftschutzbundes tätig gewesen und hat alle Geschäfte des Reviers geführt. Er hat dafür durchschnittlich eine normale tägliche Arbeitszeit aufgewendet. Über eine Vergütung ist bei seinem Eintritt nicht gesprochen worden, eine solche ist auch nicht gezahlt worden. Erst später ist dem Kl. rückwirkend auf April 1935 eine Aufwandsentschädigung von monatlich 25 *RM* gewährt worden. In der Folgezeit hat er wiederholt bei dem Führer der Reviergruppe um Erhöhung der Bezüge nachgesucht, was aber abgelehnt worden ist.

Der Kl. ist der Meinung, auf Grund privatrechtlichen Dienstvertrags Dienstlohn für die ganze Zeit in angemessener Höhe von monatlich 250 *RM* verlangen zu können. Seine Klage ist abgewiesen.

Der Luftschutzbund hat den Zweck, das deutsche Volk für die tätige Mitarbeit im Selbstschutz zu gewinnen. Der Bund ist auf Veranlassung des Reichsluftfahrtministers zwar in der juristischen Form eines eingetragenen Vereins gegründet worden, soll aber ein Organ sein, das sich in die allgemeine staatliche Ordnung des zivilen Luftschutzes eingliedert und dem staatlichen Luftschutz dient. Der Luftschutzbund ist ohne finanzielle Grundlage geschaffen worden und daher darauf angewiesen, daß die Mitarbeit nahezu aller Amtsträger ehrenamtlich geleistet wird. Er bedarf des Opferwillens des Volkes. Diese Verhältnisse sind im Volk weit bekannt, insbes. aber bei den an der Luftschutzarbeit teilnehmenden Volksgenossen darf diese Kenntnis vorausgesetzt werden.

Diesen Verhältnissen waren die Erklärungen und das Verhalten der im vorliegenden Falle beteiligten Personen völlig angepaßt. Über eine Vergütung ist nicht einmal gesprochen worden, als der Kl. eintrat. Eine solche ist dann auch nie gezahlt worden. Lediglich eine kleine Aufwandsentschädigung ist später geboten worden. Alle diese Umstände zwingen zu der Auffassung, daß die Dienste ehrenamtlich und unentgeltlich geboten und angenommen worden sind. Werden Einrichtungen grundsätzlich ehrenamtlich verwaltet, so kann ein Dienstlohn auch dann nicht als stillschweigend vereinbart gelten, wenn die Tätigkeit schließlich die volle Arbeitskraft beansprucht. Sittenwidrig wird die Annahme derartiger dem Gemeinnutz dienender Tätigkeit nicht dadurch, daß sie nicht entgolten wird und entgolten werden kann. Der Tatbestand ist ein ganz anderer, wenn Privatbetriebe oder auch öffentlich-rechtliche Betriebe für Arbeiten, für die etatsmäßige Mittel bereitstehen oder bereitgestellt werden sollten und können, unzureichenden Lohn gewähren. Im übrigen bezog der Kl. Wohlfahrtsunterstützung, für die sonst Pflichtarbeit in gewissen Grenzen gefordert wird. Es ist darauf hingewiesen worden, daß der Kl. hierzu nicht herangezogen worden ist, weil er im Luftschutz tätig war. Auch dieser Umstand darf bei der Beurteilung, ob ein sittenwidriges Verhalten vorliegt, nicht unbeachtet bleiben.

(RArbG., Urt. v. 27. Jan. 1937, RAG 255/36. — Stuttgart.)

*

**** 35.** §§ 620 ff., 626 BGB.

1. Kündigungserklärungen müssen unmißverständlich sein.

2. Das Verhalten eines Angestellten gegenüber leitenden Betriebsangehörigen, durch das ein weiteres Zusammenarbeiten unmöglich gemacht wird, kann einen Grund zu fristloser Entlassung bilden.

3. Mit der fristlosen Entlassung fallen regelmäßig auch Ruhegehaltsansprüche weg; Gegenteiliges kann vereinbart werden.

Die Rev. der Bekl. wendet sich in erster Linie dagegen, daß der BerR. nicht bereits in dem Schreiben des Aufsichtsratsvorsitzenden v. 30. Okt. 1933 eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses des Kl. erblickt hat.

Dieser Revisionsangriff kann keinen Erfolg haben. Kündigungen und Entlassungen müssen klar und unmißverständlich ausgesprochen werden, weil sie von erheblicher Bedeutung für das künftige Verhalten des anderen Teils und für dessen Rechte und Pflichten sind. Im Schreiben v. 30. Okt. 1933 wurde der Kl. „von seinem Amte als Betriebsleiter suspendiert". Eine solche Redewendung bedeutet nach ihrem Wortsinn nicht die Lösung des Dienstverhältnisses als solchen, vielmehr nur den einstweiligen Verzicht auf die weitere Dienstleistung. Ein solcher Verzicht erfolgt in der Regel, wenn die Geschäftsführung des Dienstverpflichteten beanstandet wird und nachgeprüft werden soll, die Sach- und Rechtslage sich aber noch nicht klar überblicken läßt. Von dieser Klärung oder sonstigen Umständen hängt es ab, ob eine Kündigung oder gar eine Entlassung folgen wird. Die Entschließung darüber bleibt vorbehalten. Erst wenn sie erfolgt und zu einem klaren Ausspruch der Entlassung oder Kündigung führt, liegt die erforderliche Bestimmtheit vor. Die vorher bloß angedeutete oder vorbehaltene Kündigungsabsicht kann die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht herbeiführen.

Die Rev. des Kl. wendet sich dagegen, daß das BG. die fristlose Entlassung des Kl. v. 5. Febr. 1934 für berechtigt erklärt hat. Der BerR. kommt zu dem Ergebnis, daß die Handlungsweise des Kl. seit Anfang Okt. 1933 gegenüber seinen Mitarbeitern und gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden unentschuldbar gewesen sei, daß bei der Besprechung zwischen Angestellten der Firma und verschiedenen Beauftragten der Kreisleitung am 9. Okt. 1933 in der Wohnung des Kl. und in seiner Gegenwart schwerwiegende Verdächtigungen gegen die Firma und auch gegen deren neuen Vorstand ausgesprochen worden seien, ohne daß der Kl. dem widersprochen habe. Die neuen Direktoren St. und H. wurden als bedeutungslose Strohmänner hingestellt und die ganze Geschäftsleitung als politisch unzuverlässig und marxistenfreundlich angeprangert. Es folgte ein höhnischer und grob verletzender Brief des Kl. an den Aufsichtsratsvorsitzenden v. 12. Okt. 1933, und es kamen andere Schreiben des Kl. an den Vorstand und den Aufsichtsrat, die wegen ihres sehr verletzenden Tones die letzte Möglichkeit eines weiteren sachlichen Zusammenarbeitens zerstörten. Der von dem Treuhänder der Arbeit zum Staatskommissar für den Betrieb bestellte Direktor St. wurde vom Kl. verdächtigt, so daß der Treuhänder seine Verhaftung erwog. Das BG. kommt zu dem Ergebnis, daß das Vorgehen des Kl. sich mit den Auswirkungen allgemeiner Judenfeindschaft nicht mehr rechtfertigen lasse, vielmehr ganz deutlich das damalige Bestreben des Kl. erkennen lasse, alle ihm nicht genehmen Personen in der Leitung der Bekl. unmöglich zu machen und selbst maßgebenden Einfluß auf die Geschicke des Unternehmens mit Hilfe des Treuhänders zu erlangen. Dadurch sei die ganze Atmosphäre so vergiftet gewesen, daß ein Zusammenarbeiten des Kl. mit dem nunmehrigen Vorstande und Aufsichtsrat unmöglich und unzumutbar sei. Der BerR. legt den Nachdruck darauf, daß der Kl. durch die Art seines Vorgehens gegenüber dem Vorstandsmitgliede St. und dem Aufsichtsratsvorsitzenden es unmöglich gemacht habe, mit diesem zusammenzuarbeiten, da er beide für unfähig, unehrlich und verächtlich gehalten habe. Ist aber ein solches Zusammenarbeiten nicht mehr möglich, so liegt schon darin ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses.

Die Rev. der Bekl. wendet sich weiter gegen die Abweisung der Widerklage, mit der sie die Feststellung begehrt hatte, daß dem Kl. für die Zeit v. 1. Okt. 1934 bis 31. Dez. 1935 Pensionsansprüche nicht zustehen. In der Regel muß zwar angenommen werden, daß die fristlose Entlassung eines Angestellten, soweit aus dem Vertrage nicht das Gegenteil zu entnehmen ist, alle vertraglichen Ansprüche für die Zukunft, also auch Ruhegehaltsansprüche beseitigt (vgl. Urt. v. 21. Dez. 1935, RAG 234/35: ArbRSamml. 26, 16). Aber auch in dieser Beziehung besteht Vertragsfreiheit; es kann vereinbart werden, daß der Ruhegehaltsanspruch auch bei fristloser Entlassung nicht oder doch nicht in jedem Falle entfallen soll. Im vorl. Falle hat der Kl. nach seinem Vertrage einen Ruhegehaltsanspruch im Falle eigener Kündigung selbst dann, wenn er nicht dienstunfähig war; nur für die Zeit bis 30. Juni 1932 minderte sich in diesem Fall das Ruhegehalt um bestimmte Hundertsätze. Der Kl. hätte also schon vor dem 5. Febr. 1934 auf eigenen Wunsch mit vollem Ruhegehalt freiwillig ausscheiden können. Er hat 45 Jahre dem Unternehmen der Bekl. seine Arbeitskraft gewidmet. Er fühlte sich zurückgesetzt und glaubte, auch im Interesse des Unternehmens dessen Leitung beanspruchen zu können. So kam es zu dem tiefgreifenden Gegensatz zwischen ihm einerseits und dem neuen Vorstandsmitglied und dem Aufsichtsratsvorsitzenden andererseits, der sein Ausscheiden nötig machte. Wenn hiernach das BG. angenommen hat, daß der Kl. seine Ruhegehaltsansprüche nicht völlig verloren habe, so ist das eine Auslegung des Ruhegeldabkommens, die möglich ist und keinen Rechtsirrtum erkennen läßt.

(RArbG., Urt. v. 25. Nov. 1936, RAG 144/36. — Breslau.)

*

**36.** § 626 BGB. Vereinbarung einer Ruhegehaltsberechtigung schließt nicht ohne weiteres die Unkündbarkeit (vorbehaltlich einer Kündigung aus wichtigem Grunde) in sich. Vereinbarungen darüber, was als wichtiger Grund gelten soll oder nicht gelten soll, sind zulässig.

Die Kl. war Hilfsarbeiterin im Dienste der bekl. Ortskrankenkasse, zunächst im allgemeinen Kassendienst, seit 1. April 1924 in der von der Bekl. eingerichteten Zahnklinik.

Im Frühjahr 1933 drohte im Zug der Neuordnung der Krankenkasse die Schließung der Zahnklinik. Unter Hinweis darauf kündigte der Vorstand der Bekl. am 28. April 1933 der Kl. unter Beobachtung des KündSchG. zum 31. Dez. 1933. Die Zahnklinik ist demnächst auf Anordnung des Staatskommissars tatsächlich geschlossen worden. Die Kl. hat Klage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die Kündigung nicht rechtswirksam sei.

Die Klage mußte Erfolg haben, wenn der Kl. nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden konnte und wenn ihr bindend zugesichert worden ist, daß die Schließung der Zahnklinik kein Grund zur Kündigung sein solle. Das LArbG. hat beides angenommen. Daß die Kündbarkeit der Kl. auf den Fall eines wichtigen Grundes beschränkt gewesen sei, hat es wie folgt begründet. Es hält weder die Dienstordnung, noch den Tarifvertrag für anwendbar, beides weil kein schriftlicher Anstellungsvertrag geschlossen worden sei. Entscheidend ist aber nach Ansicht des LArbG. die Mitteilung, die die Bekl. der Kl. am 17. Juni 1930 hat zukommen lassen dahingehend, daß sie nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 6 der Dienstordnung nunmehr mit Anrecht auf Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung angestellt sein solle. Das LArbG. verkennt nicht, daß die Bekl. dabei von der irrigen Voraussetzung ausgegangen ist, die Dienstordnung gelte für die Kl. Es meint aber, die Erklärung sei nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß die Kl., möge sie der Dienstordnung unterstehen oder nicht, von jetzt an jedenfalls als Dauerangestellte mit einer mehr als zehnjährigen Dienstzeit behandelt werden solle. Diese Auslegung ist rechtlich möglich. Es ist zu beachten, daß § 6 der Dienstordnung, auf den die Mitteilung der Bekl. v. 17. Juni 1930 Bezug nimmt, den Angestellten nicht ohne weiteres nach zehnjähriger Dienstzeit „Anstellung auf Lebenszeit oder mit Anrecht auf Ruhegehalt" verleiht, sondern — im Gegensatz zu § 7 Abs. 4, wonach der Kündigungsschutz von selbst nach fünfjähriger Beschäftigung im Kas-

sendienst eintritt — der Bekl. die Entschließung offenläßt, ob sie die Anstellung auf Lebenszeit vornehmen will oder nicht. Die Mitteilung v. 17. Juni 1930 enthält also nicht etwa nur den Hinweis darauf, daß nach den Vorschriften der Dienstordnung jene Rechtsstellung der Kl. durch Zeitablauf, also von selbst, eingetreten sei, sondern bringt eine Willensentschließung zum Ausdruck, wonach die Kl. jene Rechte eingeräumt erhalten sollte. Die Bekl. war auch nicht rechtlich, etwa durch Vorschriften der RVO. gehindert, Angestellten, die der Dienstordnung nicht unterstanden, Kündigungsschutz und Ruhegehaltsberechtigung zu gewähren. So sehen denn auch die bezirklichen Ergänzungen zum Tarifvertrag für Angestellte, für die nur der Tarifvertrag und nicht die Dienstordnung gilt, sowohl Unkündbarkeit (vorbehaltlich einer Kündigung aus wichtigem Grunde), als auch Zusicherung von Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung vor. Nun schließt allerdings die Vereinbarung einer Ruhegehaltsberechtigung nicht ohne weiteres die Vereinbarung der Unkündbarkeit in sich ein. Aber nach der Sachlage konnte das LArbG. ohne Rechtsirrtum annehmen, daß die Kl., wenn ihr Ruhegehalt wie einer dienstordnungsmäßig Angestellten mit mehr als zehn Dienstjahren zugesagt wurde, unter allen Umständen auch den Kündigungsschutz genießen sollte, der den nach der Dienstordnung Angestellten sogar schon nach fünfjähriger Dienstzeit ohne weiteres zukam.

Das LArbG. hat einwandfrei weiter festgestellt, daß zwischen der Kl. und der Bekl. eine Vereinbarung zustande gekommen ist, daß die Schließung der Klinik nicht als Kündigungsgrund angesehen werden dürfe. Vereinbarungen darüber, was als wichtiger Grund zur Kündigung gelten soll oder nicht gelten soll, sind sowohl im Bereich der Dienstordnung, als auch im Bereich des Tarifvertrags, als schließlich auch für den Bereich des freien Arbeitsvertrags (§ 626 BGB.) grundsätzlich zulässig. Das ist u. a. im Urt. v. 23. Okt. 1935, RAG 175/35 (ArbRSamml. 28, 25) ausgesprochen.

(RArbG., Urt. v. 9. Dez. 1936, RAG 170/36. — Frankfurt a. M.)

*

**** 37.** § 63 HGB. **Bei Handlungsgehilfen, deren Bezüge ausschließlich oder teilweise in Provisionen bestehen, erstreckt sich der im Fall des unverschuldeten Unglücks weiterbestehende Anspruch auf „Gehalt und Unterhalt“ auch auf die mutmaßlichen Provisionsbeträge. Ebenso sind diese bei Bemessung der Urlaubsvergütung mit zu berücksichtigen.**

1. Für die Vergütung, die dem Kl. während seiner Krankheit auf die Dauer von sechs Wochen zusteht, bildet die rechtliche Grundlage § 63 Abs. 1 HGB. Hiernach behält der Handlungsgehilfe, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird, seinen Anspruch auf „Gehalt und Unterhalt“, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Die bisher als herrschend angesehene Meinung im Schrifttum (vgl. Titze, „Handb. d. ges. Handelsrechts“, Bd. 2, S. 755; Staudinger, Anm. V 2 b zu § 616 BGB.; Hueck-Nipperdey, „Lehrb.“, Bd. 1, S. 222) nimmt an, daß § 63 Abs. 1 HGB. auf Provisionsbezüge insoweit keine Anwendung finde, als dem Handlungsgehilfen nicht ein bestimmtes Einkommen daraus vertraglich garantiert sei.

Der im Schrifttum herrschenden Meinung kann nicht beigetreten werden. § 63 HGB. stellt sich als eine Sonderbestimmung zugunsten der Handlungsgehilfen gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 616 BGB. dar (vgl. § 133 c GewO. für die gehobenen gewerblichen Angestellten). Aus der Entstehungsgeschichte des § 63 HGB. ergibt sich, daß er in Anlehnung an Art. 60 des alten HGB. geschaffen worden ist, und daß dabei bewußt zugunsten der Handlungsgehilfen über die Regelung in § 616 BGB. hinausgegangen wurde, damit sich die Lage der Handlungsgehilfen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nicht verschlechtere und nicht weniger gesichert sei (Denkschrift zum Entwurf in Hahn, „Materialien zu den Reichsjustizgesetzen“ Bd. 6, S. 236). „Gehalt und Unterhalt“ i. S. des § 63 HGB. kann hiernach nicht weniger sein, als „Vergütung“ i. S. des § 616 BGB. Die Begriffe sind daher nicht wörtlich zu nehmen, sondern unter Zugrundelegung des § 616 BGB. i. S. der dem Handlungsgehilfen vertragsmäßig zustehenden Vergütung zu verstehen. Diese Auslegung entspricht auch allein dem Sinn und Zweck des § 63, wonach der Handlungsgehilfe während der ersten sechs Wochen einer Erkrankung (selbstverständlich nur, solange sein Anstellungsverhältnis dauert) dasjenige an Bezügen erhalten soll, was er haben würde, wenn er seine Dienste leisten könnte. Das ist aber nicht nur sein Festgehalt. Daß unter die Krankheitsansprüche des Handlungsgehilfen auch Ansprüche auf Tantieme und Gratifikationen fallen, wird allgemein anerkannt. Aus der Entstehungsgeschichte des § 616 BGB. ergibt sich ferner, daß diese Vorschrift nicht nur auf Zeitlohnansprüche anwendbar ist (eine Beschränkung nach dieser Richtung war ursprünglich zwar vorgesehen, ist aber im Reichstag ausdrücklich abgelehnt worden; s. Staudinger, Erl. II Abs. 2 zu § 616 BGB.), sondern auch für Stücklohn- und Akkordlohnarbeiter gilt. Der Stücklohnanspruch des Arbeiters und der Provisionsanspruch des Handlungsgehilfen haben aber das gemein, daß die Höhe der ihnen für ihre Tätigkeit zustehenden Vergütung auf die Leistung oder den Erfolg abgestellt ist. Sie unterscheiden sich zwar insofern, als die Berechnungsgrundlagen für die Vergütung verschiedene sind und der gegen Provision tätige Handlungsgehilfe hinsichtlich der Höhe seiner Vergütung ein ungleich größeres Risiko tragen muß, als der Stücklohnarbeiter. Dieser Unterschied ist jedoch kein wesensmäßiger. Es ist hiernach nicht einzusehen, weshalb zwar im Falle des § 616 BGB. der Stücklohnarbeiter während der Zeit einer Erkrankung einen Anspruch auf Durchschnittslohn haben sollte, nicht aber nach § 63 HGB. der gegen Provision angestellte unselbständige Handlungsgehilfe.

Im Schrifttum wird für die gegenteilige Meinung insbes. angeführt: Wenn schon der Provisionsvertreter ein so erhebliches Risiko trage, daß er seine Prozente selbst dann nicht erhalten könne, wenn der Auftrag zwar getätigt, aber nicht ausgeführt werde oder die Zahlung des Bestellers ausbleibe, so müsse man daraus folgern, daß er das volle Risiko auch dann übernehmen müsse, wenn er infolge eines unverschuldeten Unglücks zum Abschluß oder zur Vermittlung von Geschäften überhaupt nicht in der Lage sei. Zu einem solchen Schluß zwingt die Provisionsabrede nicht. Jenes Risiko übernimmt der unselbständige Provisionsvertreter zum mindesten nicht nur im eigenen Interesse, sondern es liegt wohl in den weitaus meisten Fällen die Übernahme dieses Risikos in erster Linie im Interesse des Geschäftsherrn. Dann ist es aber nicht nur recht und billig, sondern ein aus dem Sinn und Zweck des § 63 HGB. zu folgerndes Gebot, daß der Geschäftsherr zugunsten des Handlungsgehilfen wenigstens dann eintreten muß, wenn dieser zur Leistung seiner Dienste oder zum Abschluß oder zur Vermittlung von Geschäften infolge unverschuldeten Unglücks nicht in der Lage ist. Sofern nicht vertragsmäßig oder durch die Tarif- oder Betriebsordnung ein anderes bestimmt ist, fehlt jede Grundlage dafür, einen gegenteiligen Parteiwillen zu unterstellen. Solches würde mit den Anforderungen, die sich aus der in der Betriebsgemeinschaft wurzelnden gegenseitigen Treueverpflichtung ergeben, nicht vereinbar sein.

Nach alledem ist grundsätzlich davon auszugehen, daß mangels einer anderen Vereinbarung oder Bestimmung bei Handlungsgehilfen, deren Bezüge sich nach einer Provisionsabrede bemessen, unter „Gehalt und Unterhalt“ i. S. des § 63 HGB. diejenige Vergütung zu verstehen ist, die sie mutmaßlich aus Provisionen erhalten hätten, wenn sie an ihrer Dienstleistung nicht durch unverschuldetes Unglück verhindert gewesen wären. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn dem Handlungsgehilfen ein Provisionsanspruch nur neben einem festen Gehalt zusteht; in diesem Falle muß bei der Bemessung von „Gehalt und Unterhalt“ neben dem festen Gehaltsteil der mutmaßliche Provisionsverdienst insoweit berücksichtigt werden, als sich der Provisionsanspruch als Entgelt für die von dem Handlungsgehilfen gewöhnlich zu erwartende Leistung oder seine regelmäßige Tätigkeit darstellt.

2. Der Berechnung der Urlaubsvergütung einen anderen

Maßstab zugrunde zu legen, geht nicht an. Der Urlaub soll der Erholung des Angestellten dienen. Der Erholung bedarf auch der Provisionsvertreter. Das ist auch durch die Betriebsordnung der Bekl. anerkannt. Der Zweck des Urlaubs könnte beim unselbständigen Provisionsvertreter in der Mehrzahl der Fälle nicht erreicht werden, wenn er durch den Urlaub eine mehr oder minder empfindliche geldliche Einbuße erlitte. Zur Sicherung des Urlaubszwecks muß auch hier dem Grundsatz Geltung verschafft werden, daß der Urlaub in der Gewährung von Freizeit unter Fortzahlung der Bezüge besteht. Dabei ist, da anderes nicht vereinbart oder bestimmt ist, die Vergütung zugrunde zu legen, die der Provisionsvertreter haben würde, wenn er in der Zeit des Urlaubs tätig sein könnte. Damit sind auch für die Bemessung der Urlaubsvergütung des unselbständigen Provisionsvertreters dieselben Grundlagen maßgebend, wie im Falle des § 63 HGB. für die Bemessung der Krankheitsvergütung.

(RArbG., Urt. v. 20. Jan. 1937, RAG 219/36. — Berlin.)

*

** **38.** §§ 25, 344 HGB.; § 2 ArbOG. **Vergütungsansprüche aus einem Dienstverhältnis gelten als im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten, für die bei Veräußerung des Geschäfts der Erwerber kraft Gesetzes haftet. Befreiung von der Haftung tritt nur ein, wenn ihr Ausschluß unverzüglich in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder dem Arbeitnehmer mitgeteilt wird. — Pflicht zur Aufklärung des Arbeitnehmers über Wechsel des Betriebsinhabers auf Grund des dienstvertraglichen Treuverhältnisses.**

Der Anstellungsvertrag des Kl. ist von Gustav K., dem Vater des Bekl. als dem damaligen Inhaber der nach ihm benannten Großhandlung in B. und der Zweigniederlassung in L. im Febr. 1925 abgeschlossen worden. Da der jetzt bekl. Sohn des früheren Geschäftsinhabers von seinem Vater nur das frühere B.er Stammhaus durch Vertrag übernommen hat, der Kl. aber für die Zweigniederlassung in L. tätig und seine Prokura auf die von der Zweigniederlassung aus betriebenen Geschäfte mit Wirkung gegen Dritte beschränkt war (§ 50 Abs. 3 HGB.), nimmt der BerR. an, daß der Bekl. für die Verbindlichkeiten, die durch den von seinem Vater mit dem Kl. abgeschlossenen Dienstvertrag begründet worden sind und bei der Übernahme der Hauptniederlassung durch den Sohn bestanden, nicht nach § 25 HGB. aufzukommen habe.

Diese Annahme unterliegt rechtlichen Bedenken.

Der Bekl. hat von dem einheitlichen Handelsgeschäft seines Vaters durch Vertrag unter Lebenden nur das B.er Stammhaus erworben und führt dieses unter der bisherigen Firma gem. §§ 22, 25 HGB. fort. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. haftet er daher für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten seines Vaters. Daß Lohnansprüche aus einem Dienstverhältnis als im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten anzusehen sind, für die im Falle der Veräußerung des Geschäfts der die Firma weiterführende Erwerber kraft Gesetzes haftet, hat das RArbG. im Urteil v. 16. März 1932, RAG 569, 611/31 (angeführt in JW. 1933, 1550[5]) betont und dabei darauf hingewiesen, daß Befreiung von der Haftung nur eintritt, wenn ihre Ausschließung unverzüglich in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder dem Arbeitnehmer mitgeteilt wird. Beides ist hier unterblieben. Der BerR. geht davon aus, daß die Ansprüche des Kl. nicht zu den im Betriebe der B.er Niederlassung begründeten Verbindlichkeiten zu zählen seien, und folgert dies daraus, daß die Prokura des Kl. auf den Betrieb der Zweigniederlassung in L. beschränkt war. Diese Tatsache aber hat nur Bedeutung im Verhältnis des Geschäftsinhabers zu Dritten. Das ergibt sich ohne weiteres aus § 50 HGB. Für das Verhältnis des Kl. zum Geschäftsinhaber war die Beschränkung seiner Prokura auf die Zweigniederlassung in L. nicht von entscheidender Bedeutung. Trotz einer solchen Beschränkung können die Verbindlichkeiten aus dem Dienstvertrag zu den im Betriebe des Gesamtgeschäfts begründeten gehören. Es kommen hier die Rechtsvermutungen des § 344 HGB. ebenso zur Anwendung, wie bei anderen Schuldverbindlichkeiten. Der Bekl. müßte also beweisen, daß die hier fraglichen Verbindlichkeiten nur in dem Betriebe der Zweigniederlassung begründet gewesen seien. Das kann aber nicht schon daraus geschlossen werden, daß der Kl. in dieser Zweigniederlassung tätig gewesen ist und für sie Prokura hatte. Es handelte sich bei dem Betriebe des Vaters des Bekl. um einen einheitlichen Geschäftsbetrieb. Das kam sowohl durch den gleichen Namen der Firma zum Ausdruck, als auch dadurch, daß Gustav K. bei beiden Firmen als alleiniger Inhaber eingetragen war und auf den Briefformularen der Firma, auch im Geschäftsverkehr der L.er Zweigniederlassung, L. als Zweigniederlassung unter Angabe des Sitzes des Stammhauses in B. angeführt war. Mit Recht weist der Kl. darauf hin, daß der Bekl. auch nach dem Übergang der Hauptniederlassung in B. auf ihn selbst diese Briefbogen weiter benutzt hat. Freilich wird auf ihnen neben der besonders hervortretenden Bezeichnung der B.er Hauptniederlassung nunmehr als Zentrale: Dr.-N. und dann die Zweigniederlassung L. genannt. Der Bekl. hat dem Kl. unter Benutzung eines solchen Briefformulars am 2. Okt. 1928 von B. aus den Empfang seines Schreibens v. 26. Sept. 1928 bestätigt und ihm geantwortet, daß er durch dasselbe im höchsten Grade überrascht worden sei. Diese Antwort fährt fort: „Sollte dieses Schreiben Ihren endgültigen Entschluß, von Ihrem bisherigen Posten zurückzutreten, zum Ausdruck bringen, so bitte ich der Ordnung halber meinem Herrn Gustav K., Dr., eine offizielle Kündigung zuzustellen. Ich will Ihnen dabei aber nicht verheimlichen, daß ich es natürlich sehr bedauern würde, Ihre Person und Kraft weiterhin missen zu müssen, und erkläre Ihnen ganz offen, daß ich nach wie vor von Ihrer absoluten Zuverlässigkeit und anerkennenswertem Diensteifer überzeugt bin, andererseits aber will ich Ihnen und zweifellos auch mein Herr K. Senior, kein Hindernis sein, wenn Sie besondere Gründe oder Pläne haben, die Sie zu einem Austritt veranlassen, den, wie bereits betont, ich um so mehr bedauern würde, als ich durch die Inbetriebnahme des Sägewerkes mehr denn je hier in Anspruch genommen bin." Was die Vermutung aus § 344 HGB. anlangt, so sprechen die (näher ausgeführten) Umstände nicht für die Annahme, daß Gustav K. den Dienstvertrag mit dem Kl. von der L.er Zweigniederlassung seines Geschäftsbetriebes aus geschlossen habe oder das Dienstverhältnis des Kl. derart mit der Führung und dem Fortbestand der Zweigniederlassung verknüpft gewesen sei, daß es als von den übrigen Teilen des einheitlichen Gesamtbetriebes des Gustav K. losgelöstes betrachtet werden müßte. Es darf nicht übersehen werden, daß ein einheitlicher Geschäftsbetrieb vorlag. Dieser hinderte freilich nicht, daß Gustav K. als Inhaber der B.er Haupt- und der L.er Zweigniederlassung jene mit der bisherigen Firma veräußerte und die Zweigniederlassung mit der bisherigen Firma weiterführte; nur wenn eine eigentliche Zweigniederlassung mit einer gewissen Selbständigkeit nicht vorliegt, sondern nur ein einzelner unselbständiger Zweig des Handelsgewerbes, ist eine solche Übertragung nicht möglich (RGZ. 77, 60 = JW. 1911, 948; RGZ. 64, 129). Hiernach wird der BerR. erneut zu prüfen haben, ob entgegen der Vermutung des § 344 HGB. das Vertragsverhältnis des Kl. nur an die L.er Zweigniederlassung geknüpft war und die daraus hervorgegangenen Verbindlichkeiten des Gustav K. nicht zu den im Betriebe des Geschäfts begründeten gehören, für die nach § 25 HGB. bei der Veräußerung der Hauptniederlassung der Erwerber, der die bisherige Firma fortführt, haftet.

Der Sachverhalt bedarf aber, soweit § 25 Abs. 1 HGB. nicht durchgreift, einer weiteren Prüfung unter folgendem Gesichtspunkt. Gustav K., der den Dienstvertrag mit dem Kl. abgeschlossen hat, ist ihm dabei als Inhaber der B.er Hauptniederlassung und der L.er Zweigniederlassung gegenübergetreten. Das Schwergewicht des einheitlichen Unternehmens lag in B. Das Stammhaus in B. hat Gustav K. dem Bekl. zur Fortführung der Firma in B. übertragen; er selbst wurde stiller Teilhaber zu 50 %. Die ganzen Beziehungen des Stammhauses zu der Zweigniederlassung und zu der Zentrale Dr.-N. waren dem Bekl.

bekannt. (Wird ausgeführt.) Der Bekl. hat dem Kl. verschwiegen, daß das B.er Geschäft auf ihn übergegangen war, dem Kl. also nicht mehr Gustav K. wie bisher als diejenige Persönlichkeit gegenüberstand, die Inhaber auch der B.er Hauptniederlassung war. Nun ist zwar anerkannt, daß das Gesetz an sich den Schutz des guten Glaubens hinsichtlich der Arbeitgeberschaft oder des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers nicht kennt, dieser sich also auf seine etwaige irrtümliche Annahme über die Persönlichkeit des Inhabers des Geschäftsunternehmens nicht berufen kann, aber es können besondere Umstände eine andere Beurteilung der Sachlage rechtfertigen (§§ 157, 242 BGB. und dazu RArbG. 14, 65 ff. gegen Ende). Hier kommt in Frage, ob der Bekl. mit Rücksicht auf die gesamten Geschäftsbeziehungen, die zwischen der L.er Zweigniederlassung und dem B.er Haus bestanden, und mit Rücksicht auf die Vertrauensstellung, die der Kl. insoweit einnahm, den Kl. nach Treu und Glauben darauf hinweisen mußte, daß er nunmehr Inhaber des Stammhauses geworden sei und er persönlich dem Kl. gegenüber bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mit dem Vermögen der B.er Niederlassung aufkommen würde. Auch sonst ist nicht erkennbar, daß der Wechsel des Inhabers der B.er Hauptniederlassung dem Kl. vor dem Konkurs des Gustav K. bekannt geworden sei, also hinsichtlich der Geschäftsbeziehungen dieser Niederlassung zur L.er Zweigniederlassung insoweit eine Änderung eingetreten war. Der BerR. wird also auch prüfen müssen, ob vermöge der Treupflicht aus dem Dienstvertrage beide den Kl. auf die Veränderung seiner Stellung hätten hinweisen müssen, und da beide bei ihm den Glauben unterhalten haben, es stehe ihm als Vertragsgegner der Inhaber beider Niederlassungen gegenüber, sich der Bekl. gefallen lassen muß, als Inhaber des B.er Geschäfts für die aus der Tätigkeit des Kl. erwachsenen Ansprüche aufzukommen.

(RArbG., Urt. v. 30. Sept. 1936, RAG 26/36. — Leipzig.)

*

** **39.** Während des Urlaubs hat der Beschäftigte grundsätzlich Anspruch auf Zahlung des Lohnes, den er verdient haben würde, wenn er gearbeitet hätte. Wird während der Urlaubszeit Kurzarbeit geleistet, so ist eine entsprechend gekürzte Urlaubsvergütung zu zahlen.

Es handelt sich um die Frage, ob nach der maßgebenden Tarifordnung ein Wagenwäscher, der ununterbrochen zur Nachtschichtarbeit eingeteilt gewesen war, auch während seines Urlaubs die tarifliche Nachtschichtzulage verlangen kann. § 4 mit der Überschrift „Nachtarbeit“ lautet:

„Für Nachtarbeit zwischen 23 und 5 Uhr wird eine Schichtzulage von 0,60 *RM* gezahlt. Der Zuschlag wird auch fällig, falls mehr als 3 Stunden in der vorgesehenen Nachtzeit gearbeitet worden ist.

Anspruch auf diese Schichtzulage haben nicht die im Wachtdienst tätigen und die mindererwerbsfähigen Arbeitnehmer.“

Nach § 8 erhalten Arbeitnehmer, die mindestens 1 Jahr beschäftigt sind, Urlaub „unter Fortzahlhung der Bezüge“. Die Dauer des Urlaubs richtet sich nach den Dienstjahren.

Die Bekl. meint, die Nachtschichtzulage solle den Arbeitnehmer „für Mehraufwand an Verpflegung usw.“ entschädigen. Es liegt aber auf der Hand, daß solche Arbeiten, für die die Nachtschichtzulage in Frage kommt, bei Nacht schwieriger zu verrichten sind als bei Tage. Sie erfordern bei Nacht mehr Aufmerksamkeit und Umsicht als bei Tage, und nicht nur die Sinnesorgane, sondern auch die Körperkräfte werden dabei mehr angestrengt, als wenn die Arbeiten bei Tage verrichtet werden. Daneben mag bei Nacht eine größere Gefahr bestehen, daß der Arbeitnehmer Schaden an seiner Gesundheit und an der Kleidung nimmt. Möglich ist auch, daß er für seine Verpflegung etwas mehr aufwenden muß. Aber daß die Nachtschichtzulage allein oder auch nur wesentlich dazu dienen soll, einen solchen Mehraufwand für Verpflegung zu vergüten, also nicht dazu, ein Entgelt für die größere mit der Nachtarbeit verbundene Anstrengung zu gewähren, ist mangels irgendeiner Andeutung in der Tarifbestimmung nicht anzunehmen.

Die Schichtzulage für Nachtarbeit i. S. des § 4 der Tarifordnung ist also keine Aufwandsentschädigung, sondern eine Lohnzulage, sog. Bezugszulage. Ob sie, wie die Bekl. vorträgt, steuerrechtlich von den Finanzbehörden als reine Aufwandsentschädigung aufgefaßt wird, kann dahingestellt bleiben. Denn diese Auffassung bindet die ArbG., die die Frage nicht unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen haben, nicht. Für den Rechtsstreit kommt es nur darauf an, ob die Zulage zu den Bezügen gehört, die bei Urlaub fortzuzahlen sind. Das aber ist hiernach zu bejahen.

Nach der Rspr. des RArbG. hat der Arbeitnehmer während des Urlaubs grundsätzlich Anspruch auf Zahlung desjenigen Arbeitslohnes, den er verdient haben würde, wenn er gearbeitet hätte. Der Tarifvertrag kann eine abweichende Regelung treffen, doch muß der Wille, von der erwähnten natürlichen Auffassung über das Wesen des Urlaubsrechts abzuweichen, klar zum Ausdruck kommen (RAG 479/30 v. 7. März 1931: ArbR-Samml. 11, 499). Demgemäß ist RArbG. 13, 121 zu dem Ergebnis gelangt, daß ein Kraftwagenführer, der neben einem Durchschnittswochenlohn für eine Arbeitszeit von 48 Stunden eine regelmäßig gezahlte Überstundenpauschalvergütung erhalten hatte, diese auch für die Urlaubszeit beanspruchen kann. Dem entspricht es, daß RArbG. 6, 118 einem Arbeitnehmer, dem während der Arbeit eine Schmutzzulage gezahlt wurde, diese auch für die Urlaubszeit neben dem eigentlichen Tariflohn zugebilligt hat. Endlich steht mit dem Grundsatz, daß der Arbeitnehmer während des Urlaubs den Lohn erhalten soll, den er verdient haben würde, wenn er gearbeitet hätte, im Einklang, daß dann, wenn während der Urlaubszeit Kurzarbeit geleistet wird, nur eine entsprechend gekürzte Urlaubsvergütung zu zahlen ist (RAG 185/30 v. 18. Okt. 1930: DRZ. 1931 Nr. 31). Die vom RArbG. im wesentlichen im Anschluß an tarifliche Bestimmungen entwickelten Grundsätze können nur dann keine Anwendung finden, wenn der Inhalt einer Tarifordnung ihnen entgegensteht. Davon kann hier keine Rede sein.

Dem Einwand der Bekl., der Kl. habe während der Urlaubstage für seinen Unterhalt nicht in gleicher Weise Aufwendungen zu machen brauchen, wie wenn er gearbeitet hätte, ist entgegenzuhalten, daß der Urlaub grundsätzlich ein zusätzliches Entgelt für die geleistete Jahresarbeit ist (RArbG. 6, 239).

(RArbG., Urt. v. 19. Dez. 1936, RAG 166/36. — Berlin.)

*

**40.** I. Wesen und Inhalt des Urlaubsanspruchs nach heutiger Rechtsauffassung.

II. Treupflicht und Kündigungsrecht.

Der Kl. war von Juni 1935 bis 16. Mai 1936 in der Schweißerei und in der Hammerschmiede der beklagten Schiffswerft beschäftigt. Er hat dann gekündigt, weil er infolge des Rauchs in der Schmiede ständig unter Halsbeschwerden gelitten habe. Am 18. Mai 1936 ist er anderweit in Arbeit getreten. Er verlangte Bezahlung von sechs Tagen Urlaub. Die Bekl. wurde in allen Instanzen verurteilt.

Nach der Tarifordnung für die Deutschen Schiffswerften III B 5 hat ein Beschäftigter Anspruch auf Urlaub, wenn er acht Monate in einem Betrieb beschäftigt war und ohne eigenes Verschulden aus dem Betrieb ausscheidet. Nach Ziff. III B 2 darf während des Urlaubs bezahlte Arbeit nicht angenommen werden. Das BG. hat ausgeführt, daß die letztere Tarifbestimmung für den Fall nicht anwendbar sei, wenn der Urlaubsanspruch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werde. Ohne eigenes Verschulden scheide der Arbeitnehmer immer dann aus, wenn er von seinem tarifmäßigen Kündigungsrecht Gebrauch mache, ohne daß es darauf ankomme, ob er durch die Verhältnisse des Betriebs zu der Kündigung veranlaßt worden sei.

Das RArbG. hat in feststehender Rspr. erkannt, daß der Urlaubsanspruch einen doppelten Inhalt hat, den Anspruch auf Freistellung von der Arbeit und den Anspruch auf Lohnzahlung für die Urlaubstage, daß also beide Ansprüche nebeneinander bestehen und daß letzterer nicht davon abhängig ist, daß der Urlaub tatsächlich gewährt wird (RArbG. 3, 131). Beide Teile des Anspruchs sind keine Schenkung, sondern ein Teil der ver-

traglichen Gegenleistung für die in der Vergangenheit geleistete Arbeit (RArbG. 3, 311). An diesem Inhalt des Urlaubsanspruchs ist auch durch das ArbOG. nichts geändert worden. Das Arbeitsverhältnis ist allerdings nach heutiger Rechtserkenntnis nicht rein schuldrechtlicher, sondern überwiegend personenrechtlicher Natur und beruht auf der gegenseitigen Treuepflicht zwischen dem Betriebsführer und der Gefolgschaft. Diese Betrachtungsweise rückt als Zweck des Urlaubs die Erhaltung und Förderung der Arbeitskraft und als seinen Rechtsgrund die Fürsorgepflicht des Betriebsführers stärker in den Vordergrund als die frühere Auffassung des Arbeitsverhältnisses als eines nur schuldrechtlichen. Der Urlaub ist deshalb nach Möglichkeit durch Freizeitgewährung zu erfüllen (RAG 9/36 vom 11. März 1936: JW. 1936, 2426 [46] m. Anm.). Allein diese Erwägungen ändern daran nichts, daß der geldliche Anspruch als ein Teil des Urlaubsanspruchs auch noch zu befriedigen ist, wenn der Anspruch auf Freizeitgewährung durch die Lösung des Arbeitsverhältnisses ausfällt.

Wenn die Freistellung von der Arbeit nicht mehr möglich ist, verliert aber auch das Verbot der anderweiten Lohnarbeit für die Tage der Lohnzahlung ohne Arbeit seinen Sinn, da der Zweck der Erholung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses insoweit, als er den Interessen des Arbeitgebers zu dienen bestimmt ist, nicht mehr erreicht werden kann.

Nach dieser Richtung hat auch die Rev. keine Angriffe erhoben, sondern nur Verkennung des Begriffs des eigenen Verschuldens gerügt, da der Kl. mit der Kündigung seine Entlassung selbst herbeigeführt und damit verschuldet habe. Darin kann der Rev. nicht gefolgt werden. Ein Verschulden setzt begrifflich eine schuldhafte Nichterfüllung der vertraglichen Leistungen voraus. Schuldhaft handelt aber nur derjenige, der durch vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer ihm obliegenden Rechtspflicht, also rechtswidrig nicht erfüllt. Das BG. hat demnach ohne Rechtsirrtum erkannt, daß die Ausübung des tarifmäßigen Kündigungsrechts nicht ein Verschulden enthält und daß auch aus der Nr. III B 5 der Tarifordnung kein anderer Begriff des Verschuldens zu entnehmen ist. Die Bekl. hat bestritten, daß die von dem Kl. behauptete Schädigung seiner Gesundheit durch die Betriebsverhältnisse der wirkliche Kündigungsgrund gewesen sei. Aber auch wenn der Kl. nur gekündigt hätte, weil sich ihm eine günstigere Arbeitsgelegenheit bot, wäre seine Kündigung nicht rechtswidrig und damit sein Ausscheiden ohne Verschulden geschehen. Solange die Bekl. nicht einen Mißbrauch des Kündigungsrechts behauptet, der die Rechtmäßigkeit der Kündigung in Frage stellte, konnte das BG. ohne Rechtsirrtum von der Untersuchung der Kündigungsgründe absehen. Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der personenrechtlichen Auffassung des Arbeitsverhältnisses und der darin begründeten Treuepflicht des Gefolgsmannes gegenüber dem Betriebsführer, die durch die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts für die Regel nicht gebrochen wird.

Die Berufung der Rev. auf das Urteil RAG 82/36 vom 8. Aug. 1936 geht fehl, weil dort die Tarifbestimmung anders gefaßt war und die Urlaubsvergütung ausdrücklich nur für den Fall der unverschuldeten Entlassung des Arbeitnehmers vorsah, nicht wie hier für den Fall des Ausscheidens ohne eigenes Verschulden. Die andere Fassung der Tarifbestimmung deutet gerade darauf hin, daß hier nicht jede Kündigung des Arbeitnehmers den Vergütungsanspruch ausräumen sollte.

(RArbG., Urt. v. 16. Jan. 1937, RAG 203/36. — Hamburg.)

*

** **41.** § 2 ArbOG. **Anstellungsbedingungen, die den Zweck verfolgen, die Kündigungsschutzvorschriften und insbes. die Möglichkeit von Kündigungswiderrufsklagen zu umgehen, stehen mit der Pflicht des Betriebsführers zur Wahrung des beiderseitigen Vertrauensverhältnisses und zur Fürsorge für die Gefolgschaft nicht in Einklang.**

Die Kl. war bei der Bekl. Wanderlehrerin für deren Hauspropaganda und blieb bis Ende Nov. 1932 in dieser Stellung. Seit 1. Jan. 1933 wurden mit der Kl. alljährlich neue Verträge geschlossen, die jeweils v. 1. Jan. bis 30. Nov. des Jahres bei monatlicher Kündbarkeit liefen. Ende Nov. wurden ihr jedesmal Zeugnis und Entlassungspapiere ausgehändigt. Aus Anlaß des Weihnachtsfestes erhielt sie ein Monatsgehalt als „Geschenk". In gleicher Weise wurde es mit etwa 2000 anderen Werberinnen der Bekl. gehalten. Im Gegensatz zu den früheren Jahren wurde die Kl. am 1. Jan. 1936, nachdem sie Ende Nov. 1935, wie üblich, entlassen worden war und ihre Weihnachtszuwendung erhalten hatte, nicht wieder eingestellt.

Das BG. zieht daraus, daß die von der Bekl. für die rechtliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses mit ihren Werberinnen angeführten Gründe, die Notwendigkeit einer alljährlich im Dez. stattfindenden Überprüfung ihres Werbeapparates und seiner zeitweiligen Ausschaltung, in Wirklichkeit nicht zuträfen, daß sie ferner durch das sog. Weihnachtsgeschenk die Entlohnung ihrer Werberinnen auch während des Dezembers aufrechterhalten, im Falle der Wiedereinstellung den Ersatz der Arbeitgeberanteile an den Krankenkassenbeiträgen für den Dezember zugesagt und die Kl. bis zum Jahre 1936 stets nach der Dezemberunterbrechung im Januar wieder eingestellt habe, den Schluß, daß die alljährliche Entlassung des Werbepersonals eine reine Formalität gewesen sei. Die Bekl. habe sich in Wirklichkeit den eingearbeiteten Werbeapparat erhalten wollen, wie sie die Werberinnen auch bewußt von der Annahme einer anderen Stelle abgehalten habe und ihr ganzes Verfahren nur bezwecke, die Kündigungsschutzvorschriften, insbes. die Möglichkeit von Kündigungswiderrufsklagen, zu umgehen. Es liege sonach in Wahrheit im Verhältnis zur Kl. ein einheitlicher Arbeitsvertrag von unbestimmter Dauer vor, der der Kündigung bedurft habe.

Die einzelnen Umstände, aus denen die Vorinstanz auf den Umgehungstatbestand schließt, liegen auf tatsächlichem Gebiete. Dienten hiernach die elfmonatigen Anstellungsverträge der Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes, so war die zeitliche Begrenzung der Vertragsdauer nichtig und ist die Kl. als auf unbestimmte Zeit angestellt anzusehen. Es ist unerheblich, daß bei Einführung der sog. Elfmonatsverträge der § 56 ArbOG. noch nicht in Geltung war, und die Kl. dem KündSchG. vom 9. Juli 1926 nicht unterfiel. Offensichtlich hat die Bekl. bei der großen Zahl ihrer Werberinnen schematisch vorgehen müssen, so daß nichts darauf ankommt, ob in den Einzelfällen Anlaß zur Gesetzesumgehung bestand oder nicht. Mindestens seit Inkrafttreten des AOG. war die Vertragsgepflogenheit der Bekl. gegenüber ihrem Werbepersonal nicht in Einklang mit den Pflichten zur Wahrung des beiderseitigen Vertrauensverhältnisses und zur Fürsorge für ihre Gefolgschaft.

Verfehlt ist es jedoch, wenn das angefochtene Urteil den Vereinbarungen der Parteien über die einmonatige Kündbarkeit ihres Vertrages keine Bedeutung beimißt, weil das Dienstverhältnis über die Vertragszeit stillschweigend fortgesetzt worden sei. Das BG. widerspricht mit einer solchen Annahme stillschweigender Vertragsfortsetzung seiner eigenen Feststellung unbestimmter, zeitlich nicht begrenzter Vertragsdauer. Es besteht kein Grund anzunehmen, daß die zwischen den Parteien vereinbarte monatliche Lösbarkeit ihrer Vertragsbeziehungen bei einmonatiger Kündigungsfrist nicht ihren wirklichen Absichten — auch bei unbestimmter Vertragsdauer — entsprochen haben sollte.

(RArbG., Urt. v. 2. Dez. 1936, RAG 130/36. — Mannheim.)

*

**42.** §§ 1, 35 ArbOG. **Wanderarbeiter, die in den Werkstätten von Wohltätigkeitsanstalten gegen Verpflegung und Unterkunft beschäftigt werden, sind nicht Angehörige eines Betriebes.**

Das BG. ist der Ansicht, daß die Tarifordnung des TreuhArb. f. d. Wirtschaftsgebiet Nordmark v. 17. Febr. 1935 für Holz zerkleinernde und verkaufende Betriebe auf das Unternehmen des beklagten Vereins, der in H. eine Herberge, namentlich für Wanderarbeiter und in Verbindung mit ihr zur vorübergehenden Beschäftigung der Wandersleute eine Holzzerkleinerungswerkstatt unterhält, als eine gemeinnützige Einrichtung keine Anwendung finden könne.

Zwar kann dem angefochtenen Urteil nicht beigetreten werden, wenn es den Ausschluß der Tarifgeltung ohne weiteres

daraus herleitet, daß der Bekl. gemeinnützige Zwecke verfolge; denn solche sind auch mit einem tarifunterworfenen Betriebe an sich durchaus vereinbar. Immerhin kann aber der Umstand, daß die Herberge des Bekl. ein Wohltätigkeitsunternehmen darstellt, von entscheidender Bedeutung sein. Gegenüber einem gewerblichen Betrieb üblicher Art besteht der Unterschied, daß die in der Werkstätte beschäftigten Wanderarbeiter — nach Angabe des Kl. täglich bis zu 70 — nicht durch den Betriebszweck mit einem Betriebsführer verbundene, für die Erfüllung betrieblicher Pflichten verantwortliche Gefolgsleute (§§ 1, 35 ArbOG.), sondern lediglich Gegenstände der Fürsorge des bekl. Vereins sind, die dieser aus rein menschlicher Mildtätigkeit zu betreuen übernommen hat, die demgemäß nicht Tariflohn, sondern nur freie Unterkunft und Verpflegung erhalten, deren Bestand von Tag zu Tag Veränderungen unterliegt, und auf die die Tarifordnung weder im ganzen gesehen noch in ihren Einzelbestimmungen zugeschnitten ist. Möglich wäre nun trotzdem, daß die Tarifordnung für die Werkstätte des Bekl. anzuwenden wäre, wenn dieser, sei es für die Holzzerkleinerung, sei es für die Verwaltungsarbeiten, die Zu- und Abfuhr des Holzes u. dgl. ständige Arbeiter oder Angestellte beschäftigte, und der Betrieb, der ja auch, wenn er durch seine Erträgnisse nur die Kosten der Herberge verbilligen will, auf Gewinn abzielt, kraft seiner Organisation, seines Umfangs, der Bestimmung des Unternehmers gegenüber dem Herbergsunternehmen als ein selbständiger Betrieb i. S. von §§ 1, 32 Abs. 2 ArbOG. anzusehen wäre. Der Kl. behauptet, die Stellung eines Platzarbeiters in einem derartigen Betriebe innegehabt zu haben, während der Bekl. dies bestreitet und nach seiner Darstellung in Frage kommen kann, daß die Werkstätte nur die Bedeutung eines dem Zweck der Herberge dienenden, ihr auch räumlich angegliederten, reinen Bestandteiles oder Nebenbetriebes (§ 4 Abs. 2 ArbOG.) der Wohltätigkeitsanstalt hat, also ein eigener Holzzerkleinerungs- und Holzverkaufsbetrieb i. S. der vom Kl. in Anspruch genommenen Tarifordnung nicht ist. In diesen für die Entsch. in Betracht kommenden Beziehungen kann der Tatbestand zur Zeit noch nicht als geklärt angesehen werden.

(RArbG., Urt. v. 9. Jan. 1937, RAG 207/36. — Harburg-Wilhelmsburg.)

*

**43.** § 30 ArbOG. **Die Bestimmungen einer Betriebsordnung gehen nicht ohne weiteres in die von ihr erfaßten Arbeitsverträge ein. Wird die Betriebsordnung aufgehoben, so bestimmt sich der Inhalt der Arbeitsverhältnisse mangels tariflicher Regelung nur noch nach Gesetz und Einzelvereinbarung.** †)

Die Kl. stand im Dienste der bekl. Gesellschaften. Zum 31. Dez. 1935 kündigte sie.

Sie hatte während ihrer Tätigkeit bei den Bekl. bis zum Jahre 1933 einschließlich regelmäßig eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines halben Monatsgehalts erhalten, jedoch bei deren Empfang stets eine Bescheinigung unterzeichnet, nach der die Zahlung freiwillig und ohne rechtlichen Anspruch erfolgt sei und ihr daraus kein Anspruch auf entsprechende Vergütung in den folgenden Jahren erwachse. In die Betriebsordnung der Bekl. v. 1. Okt. 1934 wurde dann aber eine Bestimmung aufgenommen, nach welcher die Betriebsangehörigen jeweils am 15. Mai und am 15. Dez. ein halbes Monatsgehalt als Sondervergütung erhalten. Weihnachten 1934 unterblieb deshalb die Ausstellung einer Bescheinigung der bezeichneten Art seitens der Kl. Im Frühjahr 1935 erhielt die Betriebsordnung einen Nachtrag, nach welchem den Betriebsangehörigen die Sondervergütung am 15. Mai und 15. Dez. nur zu zahlen ist, wenn sie sich an diesen Tagen in ungekündigtem Vertragsverhältnis befinden. Durch Bek. v. 30. Nov. 1935 hoben die Bekl. die Bestimmungen der Betriebsordnung und des Nachtrags über die Sondervergütungen wieder auf.

Die Kl. glaubt gleichwohl Anspruch auf die Gratifikation erworben zu haben.

Für diese Annahme fehlt es an jedem Anhalt. Die Betriebsordnung geht, anders als etwa vor Inkrafttreten des ArbOG. die frühere tarifvertragliche Vereinbarung, nicht ohne weiteres in die von ihr erfaßten Arbeitsverträge als deren Inhalt über. Die Parteien hätten sie nur durch besonderes Abkommen zum Inhalt ihres Arbeitsvertrages machen können. Dafür, daß die Parteien diese Absicht gehabt haben sollten, sind jedoch keinerlei Umstände hervorgetreten. Die Tatsache allein, daß der Führer des Betriebes den bisher bei der Auszahlung der Weihnachtsgratifikation von den Bekl. gemachten Vorbehalt einer freiwilligen Zahlung in der Betriebsordnung v. 1. Okt. 1934 fallen gelassen hat, ergibt nur ein aus der Betriebsordnung folgendes Recht der Kl. auf die Gratifikation. In ihr kann jedoch trotz der vorangegangenen wiederholten freiwilligen Zahlung kein Angebot der Bekl. zu einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung gefunden werden, die nur im beiderseitigen Einverständnis hätte wieder aufgehoben werden können. Das aus der Betriebsordnung folgende Recht blieb aber abhängig vom Bestehenbleiben der betr. Bestimmung der Betriebsordnung, welche die Bekl. jederzeit einseitig wieder ändern konnten. Dies Recht ist durch rechtsverbindliche Änderung der Betriebsordnung zunächst auf nicht in gekündigter Stellung befindliche Angestellte der Bekl. beschränkt und sodann am 30. Nov. 1935 wieder beseitigt worden. Von nun an waren für das Dienstverhältnis der Bekl. nur noch die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und der unverändert gebliebene Dienstvertrag maßgebend. Und jene Bestimmungen und dieser Vertrag geben der Kl. keinen Anspruch auf die Gratifikation.

(RArbG., Urt. v. 9. Jan. 1937, RAG 199/36. — Berlin.)

Anmerkung: Trotz seiner Kürze behandelt das Urteil eine Reihe wichtiger arbeitsrechtlicher Fragen.

Die Kl. macht einen Anspruch (auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation) aus ihrem *Arbeitsverhältnis* geltend. Ob dieser Anspruch begründet ist, hängt von der *Gestaltung* ab, die das Arbeitsverhältnis in concreto gefunden hat (dazu neuestens W. *Siebert*: „Deutsches Arbeitsrecht", 1937, 46 ff.). Als Gemeinschaftsverhältnis trägt das Arbeitsverhältnis seine natürliche Ordnung in sich. Diese wird einmal bestimmt durch die *jedem* Gemeinschaftsverhältnis wesentliche *Treupflicht*, zum anderen durch die besondere Natur gerade des Arbeitsverhältnisses, kraft dessen die Arbeitskraft des einen Teiles dem anderen Teile zur Verfügung steht. Aus ihr folgen vor allem die Arbeitspflicht und die Lohnzahlungspflicht, wobei zu bemerken ist, daß auch diese Pflichten wie alle anderen durch die in der Gemeinschaft begründete Treue ihr besonderes Gepräge erhalten.

Ein Arbeitsverhältnis, das mangels näherer Bestimmung der beiderseitigen Pflichten „gewissermaßen inhaltlos dastünde", ist also nicht denkbar. Wohl aber entspricht es einem dringenden Bedürfnis der Rechtssicherheit, den aus der natürlichen Ordnung des Arbeitsverhältnisses abzuleitenden Inhalt im einzelnen festzulegen, die Höhe des Lohnes, die Dauer des Urlaubs, etwaige Nebenleistungen usw. näher zu bestimmen und damit Streit und Unklarheit zu verhüten. Als solche *Gestaltungsmittel* stehen zur Verfügung: das Gesetz, die TarifO., die BetriebsO. und die Einzelvereinbarung.

Im vorl. Falle kommen nur die BetriebsO. und die Einzelvereinbarung in Betracht.

1. Auf eine *Einzelvereinbarung* kann die Kl. ihren Anspruch nicht stützen. Zwar hält das RArbG. an seiner nicht ganz unbedenklichen Auffassung fest, daß in der wiederholten Zahlung und Entgegennahme einer nicht ausbedungenen Gratifikation im Zweifel eine stillschweigende Vereinbarung über die künftige Weitergewährung zu erblicken sei. Hier aber war eine solche Annahme durch den bis einschließlich 1933 bei jeder einzelnen Gratifikationszahlung ausdrücklich gemachten und von den Empfängern schriftlich bestätigten Vorbehalt ausgeschlossen worden. Mit Recht lehnt es das RArbG. ab, in der Aufnahme der Gratifikationsbestimmung in die BetriebsO. von 1934 in Verbindung mit der vorangegangenen wiederholten freiwilligen Zahlung ein Angebot zu einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zu erblicken. Es ist zwar möglich, einzelne Bestimmungen einer BetriebsO. auch einzelvertraglich zu vereinbaren. Dadurch sichert sich der Beschäftigte gegen eine spätere Verschlechterung der BetriebsO. Aber dazu bedarf es einer

unzweideutigen, hierauf abzielenden Abrede, an der es hier offensichtlich fehlt.

2. Die BetriebsO. hatte im Jahre 1934 den Angestellten eine zweimalige „Sondervergütung“ jährlich zugesprochen. Aber schon im folgenden Jahre war diese Bestimmung zunächst abgeschwächt und dann ganz aufgehoben worden. Daß der Führer des Betriebes die BetriebsO. jederzeit mit sofortiger Wirkung auch zuungunsten der Gefolgschaftsmitglieder ändern kann, steht außer Zweifel. Streitig war bisher nur, ob die aufgehobenen Bestimmungen, soweit sie die Beschäftigten gegenüber der nunmehr geltenden Regelung begünstigten, „in den einzelnen Arbeitsverträgen nachwirken“, so daß es zu ihrer Beseitigung erst noch einer Vereinbarung bedarf.

Die Frage ist früher in bezug auf den Tarifvertrag und die Rechtsfolgen seines Ablaufs lebhaft erörtert worden, ohne daß man sich hätte einigen können. Die Anhänger der „Nachwirkung“ behaupteten, daß die normativen Tarifbestimmungen in die einzelnen Arbeitsverträge „eingehen“ und daher aus diesen auch nur im Wege der Vertragsänderung oder -aufhebung wieder entfernt werden können, selbst wenn der Tarifvertrag inzwischen erloschen sei. Die Gegner erklärten, daß die Tarifnormen den Inhalt der Arbeitsverhältnisse nur, wie andere Rechtssätze, von außen „beherrschen“ und deshalb diese Wirkung in dem Augenblick verlieren müssen, wo der Tarifvertrag zu bestehen aufhört. Unter der Herrschaft des ArbOG. ist der Streit in bezug auf die TarifO. und die BetriebsO., der § 30 ArbOG. jetzt die gleiche Wirkung beilegt wie jener, wiederaufgelebt, wenn auch die Anhänger der Nachwirkung offensichtlich an Boden verloren haben. Nunmehr hat sich auch das RArbG., das für den Tarifvertrag die Nachwirkung bejaht hatte (vgl. RArbG. v. 30. Jan. 1929: JW. 1929, 2298; RArbG. v. 27. Sept. 1930: JW. 1932, 2052 und öfter), freilich nur mit kurzen Worten und ohne nähere Begründung gegen die Nachwirkung entschieden, ausdrücklich zwar nur für die BetriebsO., der Sache nach aber auch für die TarifO., bei der die Rechtslage ganz die gleiche ist. Die BetriebsO. geht nicht ohne weiteres in die von ihr erfaßten Arbeitsverträge als deren Inhalt über, wie es im vorstehenden Urteil heißt, und deshalb sind die aus ihr hervorgehenden Ansprüche abhängig vom Bestehenbleiben der betr. Bestimmung der BetriebsO.

Damit dürfte der Streit für die Praxis entschieden sein. Man wird der Entsch. auch in diesem Punkte nur zustimmen können. War die Nachwirkung schon für das frühere Recht mit Rücksicht auf die rechtliche Natur und den temporären Charakter des Tarifvertrages abzulehnen, so ist sie mit der heutigen Auffassung vom Arbeitsverhältnis und seiner inhaltlichen Gestaltung, wie sie eingangs kurz dargelegt wurde, erst recht nicht vereinbar. Denn sie beruht auf der heute abzulehnenden Vorstellung, daß die Rechte und Pflichten der Arbeitsparteien auf einem schuldrechtlichen Vertrage beruhen, der von außen her, durch Gesetz, TarifO. usw., Einwirkungen erfahren kann (vgl. Siebert a. a. O. S. 48). Erkennt man dagegen das Arbeitsverhältnis als den Rechtsboden an, aus dem alle Einzelpflichten der Beteiligten erwachsen, begreift man ferner TarifO. und BetriebsO. neben der Einzelvereinbarung als Mittel, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses näher zu gestalten, so ist es weder nötig noch möglich, die Bestimmungen der TarifO. oder BetriebsO. in ihren Wirkungen der Einzelvereinbarung in dem Sinne gleichzusetzen, daß der Inhalt der TarifO. oder BetriebsO. als vertraglich vereinbart zu gelten hätte. Wie die Einzelvereinbarung durch vertraglichen Akt ihr Ende findet, so verlieren jene ihre Geltung, wenn die TarifO. oder BetriebsO. durch die dazu berufene Stelle aufgehoben oder geändert werden. Soweit sie nicht durch ein anderes Gestaltungsmittel ersetzt werden, tritt nunmehr die allgemeine und übliche Ordnung des Arbeitsverhältnisses ein. Und wenn aus dieser ein Anspruch auf die bisher tariflich oder betriebsordnungsmäßig festgesetzte Leistung nicht abzuleiten ist, wie im vorl. Falle, fällt auch dieser Anspruch fort.

Prof. Dr. Arthur Nikisch, Dresden.

**Bemerkung:** Gegen die Entsch. sprechen Bedenken, die in einer demnächst folgenden Abhandlung erörtert werden sollen.

D. S.

** **44.** § 32 ArbOG. Auslegung einer Tarifbestimmung.

Ziff. 11 des § 5 des Reichstarifvertrags für Hoch-, Beton- und Tiefbauarbeiten v. 5. März 1933 lautet:

Der Lohn wird nur für wirklich geleistete Arbeitszeit bezahlt.

Hiervon gelten lediglich folgende Ausnahmen:

a) dem Arbeiter wird der Lohnausfall für die am ersten Tage der Arbeitsversäumnis nicht geleisteten Arbeitsstunden in nachstehenden Fällen vergütet, wenn die Unabwendbarkeit der Arbeitsversäumnis nachgewiesen wird:

bei eigener Erkrankung des Arbeiters, sofern er mindestens 6 Tage im Betriebe tätig gewesen ist, und sofern die Krankheit länger als 3 Tage dauert...

bei Geburts- und Todesfällen in der Familie...

bei Vorladung vor Gericht...

usw.

Beide Vorinstanzen haben diese Bestimmung dahin ausgelegt, daß das erkrankte Gefolgschaftsmitglied an dem Tage, für den Lohn verlangt wird, die Arbeit aufgenommen haben müsse. Gegen diese Auffassung spricht entscheidend, daß im Tarifvertrag ein Unterschied in der Behandlung der verschiedenen Fälle nicht gemacht wird. Es ist nicht denkbar, daß z. B. im Falle des Todes eines Familienmitglieds der Gefolgsmann nur einen Anspruch haben sollte, wenn er deswegen von der Arbeit abgerufen wird, daß er aber, wenn der Todesfall in der Nacht eintritt, einen Anspruch nicht haben sollte oder nur dann, wenn er sich erst zur Arbeitsstelle begeben und die Arbeit aufgenommen hätte. Dieser Fall kann also nicht so beurteilt werden, wie das BG. es für den Fall einer Erkrankung annimmt. Jeder Anhalt in der Fassung der Tarifbestimmung aber fehlt, um eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle zu rechtfertigen. Dazu kommt weiter die Folge, daß ein über Nacht schwer Erkrankter, der nicht in der Lage wäre, am Morgen erst noch zur Arbeitsstelle zu gehen, den Lohnanspruch sich nicht erhalten könnte, während ein leichter Erkrankter dazu imstande wäre. Eine solche den schwer Erkrankten benachteiligende Handhabung kann nicht i. S. der Tarifbeteiligten gelegen haben. Es würde zu schweren Gesundheitsschädigungen führen können, wenn ein solcher Kranker noch zur Arbeitsstelle geht, um sich den Lohn für den ersten Tag der Arbeitsversäumnis zu erhalten, anstatt, wie es sein Zustand erfordern würde, das Zimmer oder das Bett zu hüten.

(RArbG., Urt. v. 19. Dez. 1936, RAG 161/36. — Kiel.)

*

**45.** § 32 ArbOG. Die deutsche Buchdruckertarifordnung gilt auch für Buchdruckereiabteilungen fachfremder Unternehmungen. Eine selbständige Buchdruckereiabteilung ist bei Betriebsfremdheit der technischen Arbeitsleistung gegeben; die verkehrsmäßige Bedeutung der druckgewerblichen Tätigkeit und die verwaltungsmäßige Selbständigkeit sind nicht entscheidend.

Das LArbG. hat die Anwendbarkeit des Reichsbuchdruckertarifs auf den Betrieb der Bekl. verneint, da ihre Werkdruckerei nur ein unselbständiges Anhängsel an ihrem Betrieb sei und mittelbar dem Betriebszweck sowie der Herstellung der Betriebsprodukte diene, so daß hiernach die Voraussetzungen nicht vorlägen, unter denen sich der fachliche Geltungsbereich des Buchdruckertarifs auf den Betrieb der Bekl. erstrecken würde.

An der Weitergeltung des deutschen Buchdruckertarifs als Tarifordnung und deren Allgemeinverbindlichkeit bestehen keine Zweifel. Der Geltungsbereich erstreckt sich auf die Arbeitsverhältnisse von Gehilfen in Buchdruckereiabteilungen fachfremder Unternehmungen, in denen Buchdruckereiarbeiten nicht überwiegend zur Herstellung der Betriebsprodukte verrichtet werden. Daß an sich nach dem ArbOG. an der Tarifeinheit für den Betrieb festzuhalten ist, daß durch eine Fachtarifordnung Ausnahmen von der Betriebstarifordnung fachfremder Betriebe vorgesehen werden können, und daß dem Buchdruckertarifvertrag im Hinblick auf die AVE. v. 6. April 1934 die Rechtswirksam-

keit einer Fachtarifordnung nach § 72 Abs. 2 ArbOG. mit den dazu erlassenen Anordnungen v. 28. März, 21. Juli, 25. Sept. und 20. Okt. 1934 (RABl. 1934, I, 254; I Abs. 2) zukommt, ist bereits RArbG. 17, 48 = ArbRSamml. 27, 241 = JW. 1936, 3143 [26] anerkannt. Die Rev. beruft sich aber auf diese Entsch. auch mit Recht insofern, als dort gegenüber dem früheren Rechtszustand angenommen wird, daß für den Begriff der Betriebsabteilung i. S. des § 1 des Manteltarifs zum Reichsbuchdruckertarifvertrag nicht mehr die absolute verkehrsmäßige Bedeutung der druckgewerblichen Tätigkeit und die verwaltungsmäßige Selbständigkeit entscheidend seien, sich vielmehr der Begriff der selbständigen Abteilung aus der Betriebsfremdheit der technischen Arbeitsleistung ergebe.

An diesem Standpunkt ist festzuhalten. Dann muß die Rev. Erfolg haben. Denn daß in der Werkdruckerei der Bekl. nicht Buchdruckereiarbeiten „zur Herstellung der Betriebsprodukte" verrichtet werden, nimmt auch das BG. an. Die enge Fassung, wonach aus dem Geltungsbereich des Reichsbuchdruckertarifs nur jene Hausdruckereien ausgenommen sein sollen, in denen Buchdruckereiarbeiten nicht überwiegend zur Herstellung der Betriebsprodukte verrichtet werden, läßt aber ferner erkennen, daß diese Ausnahme nur dann vorliegen kann, wenn die Druckarbeiten überwiegend unmittelbar zum technischen Produktionsvorgang gehören oder wenigstens den unmittelbar damit zusammenhängenden Arbeiten, nicht aber, wenn sie nur allgemein dem Betriebszweck und damit der Produktion in dem Betriebe oder gar nur dem Absatz der Betriebsprodukte dienen.

(RArbG., Urt. v. 9. Dez. 1936, RAG 165/36. — Hannover.)

*

**46.** Der tarifliche Stundenlohn ist nicht ohne weiteres Akkordmindestlohn.

Die Frage, ob bei fehlender ausdrücklicher Bestimmung in der Tarifordnung nach Sinn und Wesen der Akkordlohnregelung oder der neueren Rechtsentwicklung der Zeitlohn, d. h. der Verdienst, den der Akkordarbeiter erzielt hätte, wenn er in der aufgewendeten Zeit gegen Zeitlohn gearbeitet hätte, ohne weiteres den Akkordmindestlohn darstellt, ist im Anschluß an RArbG. 17, 219 = JW. 1937, 190 [65] zu verneinen. In dieser Entsch. handelte es sich zwar um einen Fall, in dem durch den maßgeblichen Tarifvertrag ausdrücklich vorgesehen war, daß bei durchgeregelten Akkorden, d. h. wenn erfahrungsgemäß der Durchschnitt der Akkordlöhner den Stundenlohnverdienst überschreitet und den Richtsatz erreicht, ein bestimmter Mindestverdienst für den einzelnen Arbeitnehmer nicht gewährleistet werde. Das RArbG. hat in dieser Entsch. aber auch ausgesprochen, daß der Satz, der tarifliche Stundenlohn müsse stets der Mindestlohn bleiben, für die Akkordarbeiter nicht schlechthin gelte, sondern nur, wenn die einzelne Tarifordnung auch den Akkordarbeitern den tariflichen Stundenlohn unter allen Umständen sichere. Es ist also nicht diese Sicherung wesensmäßig mit der Akkordlohnregelung verbunden, so daß Abweichungen davon als Ausnahmen in der Tarifordnung ausdrücklich vorgesehen werden müßten, sondern es entspricht dem Wesen des Akkordes, daß die Entlohnung an die Leistung oder den Arbeitserfolg geknüpft ist, ohne daß die Akkordlöhner, wenn sie nur durchschnittlich mindestens den den Stundenlohnverdienst überschreitenden Akkordrichtsatz erreichen, nach unten durch Garantierung des Stundenlohnverdienstes gesichert sein müßten, wie denn auch ihrer Verdienstmöglichkeit nach oben keine andere Grenze gesetzt ist als die eigene Leistungsfähigkeit. In jener Entsch. ist ferner die Ansicht abgelehnt worden, daß die für den Stundenlöhner geltenden Grundsätze der Unabdingbarkeit des tariflichen Mindestlohnes und der Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts rechtsnotwendig auch dem Akkordlöhner den tariflichen Stundenlohn als Akkordmindestlohn sichern müßten. Mit Recht weist das BG. darauf hin, daß sich die Entlohnung nach dem Zeitlohn und die Entlohnung nach dem Akkordlohn als zwei ihrem Wesen nach verschiedene Lohnsysteme darstellen, so daß die für das Zeitlohnsystem geltenden Rechtssätze nicht ohne weiteres auch für das Akkordlohnsystem Geltung haben müßten oder könnten. Daß deswegen die beiden Lohnsysteme zu grundverschiedenen Arbeitsvertragstypen führen müßten, ist der Rev. nicht zuzugeben, da die Verschiedenheit nur die Methode der Lohnbemessung betrifft. Die Grundsätze über die Unabdingbarkeit des tariflichen Mindestlohnes und die Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts haben ferner auch vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsauffassung aus nicht die Bedeutung, daß auch der minderleistungsfähige Arbeiter mindestens den auf den durchschnittlich leistungsfähigen Arbeiter abgestellten tariflichen Stundenlohn erhalten müßte; durch die Tarifordnung kann für die Entlohnung eines minderleistungsfähigen Stundenlöhners auch ein anderes bestimmt werden und wird nicht selten ein anderes bestimmt. Dann kann aber — immer unter der Voraussetzung, daß der Akkordrichtsatz von dem Durchschnitt der Arbeiter erreicht und überschritten wird — die Nichtgewährleistung eines Mindestverdienstes für den minderleistungsfähigen Akkordarbeiter in der Tarifordnung, Betriebsordnung oder durch den Einzelarbeitsvertrag rechtlich nicht ohne weiteres als ein Verstoß gegen jene der Natur der Sache nach doch jedenfalls zunächst und unmittelbar nur mit dem Zeitlohnsystem entwickelten Grundsätze angesehen werden, ganz abgesehen davon, daß praktisch sich die Nichtgewährleistung eines Mindestverdienstes für den minderleistungsfähigen Akkordarbeiter auswirkt als die — im vorl. Fall tariflich vorgesehene — anderweitige Festsetzung eines von den tariflichen Zeitlöhnen abweichenden Lohnes für einen minderleistungsfähigen Stundenlöhner. Hiernach erscheint für den Regelfall wenigstens auch die von Mansfeld: ArbRSamml. 28, 182 geäußerte Rechtsmeinung widerlegt, daß der Unternehmer, der einen leistungsschwachen Arbeiter in Akkordarbeit beschäftigt und unter Berufung auf den durchgeregelten Akkord ein mehrfaches Unterschreiten der Stundenverdienste dulde, dadurch den zwingenden Charakter der Mindestfestsetzungen einer Tarifordnung umgehe. Sozialpolitisch mag die Sicherung des Akkordarbeiters nach unten — von den hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen abgesehen — geboten und möglich sein. Die Anerkennung dieses Zieles kann aber weder dazu zwingen noch es rechtfertigen, beim Fehlen einer solchen Sicherung die Vereinbarung eines Akkordlohns, der dem Akkordarbeiter den tariflichen Stundenlohn als Mindestakkordlohn nicht unter allen Umständen gewährleistet, schlechthin als nichtig oder als mit dem Sinne einer tariflichen Lohnregelung unvereinbar zu erklären. Bei der Verwirklichung des Zieles bedarf es der Rücksichtnahme auf eine Reihe von Umständen arbeits- und betriebstechnischer, betriebswirtschaftlicher und volkswirtschaftlicher sowie sonstiger Art, die in den verschiedenen Industrie- und Gewerbezweigen völlig verschieden sein können. Die einzelne Tarifordnung kann hiernach allein und muß Bestimmung darüber treffen, inwieweit auch Akkordarbeitern ein Mindestverdienst zu gewährleisten ist.

(RArbG., Urt. v. 20. Jan. 1937, RAG 174/36. — Nürnberg.)

*

** **47.** §§ 32, 33 ArbOG. Grenzen der Zuständigkeit des Sondertreuhänders.

Der Kl. hat i. J. 1935 v. 2. bis 4. Jan., 22. Juli bis 23. Aug., 30. Sept. bis 12. Okt. und 10. Nov. bis 14. Dez. bei der Bekl. als Steinsetzer gearbeitet. Für das Dienstverhältnis war der als Tarifordnung weiter geltende Bezirkstarifvertrag für das Steinsetzgewerbe von Stettin-Stadt und RegBez. Stettin v. 18. Mai 1931 maßgebend. § 7 desselben lautet:

„Soziale Wohlfahrtseinrichtung.

Für Steinsetzer ... sind zu dem Tariflohn als Ablösung 2% des verdienten Lohnes vierteljährlich an die Randower Kreissparkasse abzuführen. Die Randower Kreissparkasse zahlt die den einzelnen Arbeitnehmern angewiesenen Beträge nur gegen Anweisung der Verteilungsstelle. Die Kontrolle der aufgebrachten Mittel erfolgt durch eine paritätisch aus je drei Arbeitgebern und drei Arbeitnehmern bestehende Kommission. Die Kommission hat das Recht und die Pflicht, für die Durchführung dieser Bestimmung Sorge zu tragen. Die Kommission für Wohlfahrtspflege gibt sich die Geschäftsordnung über Verteilung der Mittel selbst."

Die Kommission hat im Jahre 1933 aufgehört zu bestehen. Die Kreissparkasse hat die 2% nicht mehr angenommen. Deshalb hat die Bekl. die 2% für das Jahr 1934 etwa im Februar 1935 an den Kl. gezahlt. Für das Jahr 1935 hat der Kl. die

Zulage nicht erhalten. Der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Brandenburg als Sondertreuhänder zur Regelung der Urlaubsbestimmungen für das Steinsetzgewerbe hat nämlich am 29. März 1935 für die Zeit bis 31. Dez. 1935 eine den Urlaub regelnde Tarifordnung (RArbBl. VI, 280) erlassen, die unter Ziff. 7 bestimmt:

„Bestehende abweichende Bestimmungen über Urlaubsmarken, prozentuale Abzüge oder Zulagen vom und zum Lohn u. dgl. treten außer Kraft."

Die Bekl. vertritt den Standpunkt, daß hiernach der Kl. die Zulage nicht mehr beanspruchen könne.

Der Kl. beansprucht mit der Klage für die genannten Arbeitszeiten den Zuschlag.

ArbG. und LArbG. haben abgewiesen. Auf Rev. ist aufgehoben und zurückverwiesen.

Der BerR. nimmt mit Recht an, daß § 7 des Bezirkstarifvertrags die Fortzahlung sozialen Lohnes bei unverschuldeter Arbeitsbehinderung des Arbeitnehmers (z. B. bei Geburt, Krankheit und Todesfällen innerhalb der Familie) oder infolge von Witterungsverhältnissen und bei Gewährung von Ferien bezwecke. Tatsächlich erhielt also auf diese Weise der Arbeitnehmer, wenn er Urlaub nahm, mindestens einen Teil der für ihn eingezahlten „Ablösung" als Urlaubsvergütung. Aber darin erschöpfte sich die Wohlfahrtseinrichtung nicht, vielmehr wurden aus den angesammelten Mitteln, wie dargelegt, auch aus anderen Anlässen Beträge an die betroffenen Arbeitnehmer gezahlt.

Der BerR. nimmt weiter an, daß § 7 des Bezirkstarifvertrags durch die Bestimmung unter Nr. 7 der von dem Sondertreuhänder zur Regelung der Urlaubsbestimmungen für das Steinsetzgewerbe am 29. März 1935 erlassenen Tarifordnung aufgehoben worden sei.

Insoweit sind seine Ausführungen von Rechtsirrtum beeinflußt. Eine Tarifordnung ist eine Rechtsverordnung. Bei ihrer Auslegung kann es mithin nicht darauf ankommen, was bei ihrem Erlaß der Treuhänder etwa gedacht oder gewollt haben mag, sondern nur auf das, was in der Tarifordnung erklärt worden ist. Nur auf den in der Tarifordnung erklärten Willen des Treuhänders kommt es also bei der Auslegung an, wobei freilich nicht an dem Wortlaut der Erklärung zu haften ist, sondern deren Tragweite aus dem erklärten Zweck der Tarifordnung und dem Zusammenhang ihrer Bestimmungen zu ermitteln ist.

Hiervon ausgehend, war zunächst zu beachten, daß die Tarifordnung v. 29. März 1935 von dem Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Brandenburg „als Sondertreuhänder zur Regelung der Urlaubsbestimmungen für das Steinsetzgewerbe" gemäß §§ 32 Abs. 2, 33 ArbOG. erlassen worden ist. Als ihren Gegenstand bezeichnet sie in der Überschrift die „Urlaubsregelung für das Steinsetzgewerbe im Jahre 1935". Sie gewährt den im Steinsetzgewerbe Beschäftigten, die die unter Nr. 2 angegebenen Arbeiten ausführen, im Gebiet des Deutschen Reichs (das. Nr. 1) für das Jahr 1935 einen Urlaubsanspruch, der von der Dauer der Betriebszugehörigkeit und Beschäftigung abhängig ist. Die weiteren Bestimmungen der Tarifordnung beschränken sich auf die nähere Regelung des Urlaubsanspruchs. (Wird ausgeführt.)

Es handelt sich hiernach in der Tarifordnung lediglich um die Regelung des Erholungsurlaubs, der nach der Rspr. in der zeitweisen Freistellung des Beschäftigten von der ihm obliegenden Arbeit unter Fortzahlung des bisher verdienten Lohnes besteht und dem Beschäftigten mit Rücksicht auf die bisherige Arbeitsleistung gewährt wird. Im Rahmen der ihm gestellten Aufgabe konnte der Sondertreuhänder allerdings bestehende Urlaubsbestimmungen ändern und aufheben, und zwar auch tarifliche Urlaubsbestimmungen, die in den verschiedenen Wirtschaftsgebieten des Deutschen Reichs galten. Denn der Sonderauftrag war ihm für das Gebiet des Deutschen Reichs erteilt und die von ihm im Rahmen dieses Auftrags erlassene Tarifordnung ging ohne weiteres allen anderen, in irgendeinem deutschen Wirtschaftsgebiet vorhandenen entgegenstehenden tariflichen Bestimmungen vor. Aber seine Zuständigkeit als Sondertreuhänder war, wie aus §§ 33 Abs. 1, 32 Abs. 2 ArbOG. folgt, beschränkt auf den Sonderauftrag. Zu einer Änderung anderer tariflicher Bestimmungen, die den Urlaub im Steinsetzgewerbe nicht betreffen, war nicht er befugt, sondern mangels eines dafür vom RArbM. bestellten Sondertreuhänders der ordentliche Treuhänder des betreffenden Wirtschaftsgebiets und der RArbM. selbst (§ 72 Abs. 2 ArbOG. i. Verb. m. der Bestimmung I der Bek. des RArbM. über die Weitergeltung der Tarifverträge als Tarifordnungen i. d. Fass. v. 20. Okt. 1934 [RArbBl. I, 254]).

Der Sondertreuhänder konnte mithin auch den hier fraglichen als Tarifordnung unverändert weiter geltenden Bezirkstarifvertrag nur ändern, soweit er sich mit der Urlaubsfrage befaßt. Soweit das nicht der Fall ist, ist zu seiner Änderung der ordentliche Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Pommern zuständig.

Die 2% Zulage zu dem verdienten Lohne, die vierteljährlich an die Randower Kreissparkasse abzuführen waren, sollten, wie dargelegt, auch dem Zwecke der Verschaffung eines Urlaubsentgelts dienen. Soweit das zutrifft, beseitigte die Bestimmung der Nr. 7 der Tarifordnung v. 29. März 1935 die Wohlfahrtseinrichtung des § 7 des Bezirkstarifvertrags. Aber die Wohlfahrtseinrichtung des § 7 dient, wie dargelegt, nicht nur der Beschaffung eines Urlaubsentgelts, sondern auch anderen sozialen Zwecken. Soweit letzteres zutrifft, konnte § 7 des Bezirkstarifvertrags vom Sondertreuhänder nicht aufgehoben werden und ist auch nicht aufgehoben worden. Demgemäß hat auch der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Brandenburg, der ja in seiner Eigenschaft als Sondertreuhänder die Tarifordnung v. 29. März 1935 erlassen hat, der Deutschen Arbeitsfront am 11. Okt. 1936 die zutreffende Auskunft gegeben: „Die Bestimmungen der Ziff. 7 (der Tarifordnung vom 29. März 1935) beziehen sich ebenso wie sämtliche anderen Bestimmungen dieser Tarifordnung lediglich auf die Urlaubsregelung, was aus dem sachlichen Geltungsbereich ohne weiteres hervorgeht. Es werden also andere soziale Zulagen und Mehrleistungen von den Bestimmungen der Ziff. 7 nicht betroffen." Wenn derselbe Treuhänder in seiner späteren, dem LArbG. erteilten Auskunft die „persönliche" Auffassung vertreten hat, daß durch die Bestimmung unter Nr. 7 der Tarifordnung der § 7 des Bezirkstarifvertrags aufgehoben worden sei, so wird dabei verkannt, daß eben § 7 nicht nur den Zweck verfolgt, einen Urlaubsanspruch zu sichern, sondern darüber hinaus den Zweck, die Fortzahlung sozialen Lohnes bei unverschuldeter Arbeitsbehinderung des Arbeitnehmers und bei Ausfall von Arbeit wegen Witterungsverhältnisse zu gewährleisten. Soweit die soziale Wohlfahrtseinrichtung des § 7 diesem letzteren Zwecke dient, besteht der § 7 weiter zu Recht.

(RArbG., Urt. v. 25. Nov. 1936, RAG 157/36. — Stettin.)

*

**48. I. §§ 293, 550 ZPO.; § 32 ArbOG. Tarifordnungen gelten nicht als Statuten, sondern als formelles, vom Richter mit allen Hilfsmitteln der Rechtswissenschaft zu erforschendes Gesetzesrecht.

II. Grundsätzliches zur Frage des Urlaubsanspruchs von Saisonarbeitern.

In RArbG. 14, 266 = JW. 1935, 818 ist die Frage offengelassen, ob das aus einer Tarifordnung fließende objektive Recht formelles Gesetzesrecht bildet, dessen Kenntnis sich der Richter selbst zu beschaffen hat. Diese Frage ist zu bejahen. Die von einer staatlichen Stelle, dem Treuhänder der Arbeit, erlassenen und im RArbBl. veröffentlichten Tarifordnungen können nicht, wie noch die Tarifverträge, als Statuten i. S. des § 293 ZPO. angesehen werden, sondern müssen als formelles Gesetzesrecht gelten, das der Richter ebenso mit allen zu Gebote stehenden Hilfsmitteln der Rechtswissenschaft zu erforschen hat, wie dies in bezug auf die Rechtsnormen i. S. des § 550 ZPO. seine Pflicht ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Revisionsrichter verpflichtet ist, von sich aus die Entstehungsgeschichte einer Tarifordnung, zu der namentlich vorangegangene Tarifverträge zu zählen sind, zu erforschen, wie er etwa die gesetzgeberischen Vorarbeiten eines formellen Gesetzes von sich aus aufsucht

und durchprüft. Jedenfalls ist er berechtigt, sowohl Tarifverträge, die ihm die Parteien nachweisen, zu beachten, als auch von sich aus der Vorgeschichte einer Tarifordnungsbestimmung nachzugehen, um aus ihr deren Sinn zu ermitteln.

Die Regelung des Urlaubs in der schlesischen Ziegeleiindustrie hat eine (im einzelnen näher ausgeführte) Entwicklung genommen, welche zeigt, daß die einzelnen aufeinanderfolgenden Regelungen, wie das ja auch der Natur der Sache entspricht, je aus der vorangegangenen Rechtsordnung herausgewachsen sind. Es ist von wesentlicher Bedeutung, daß von jeher die Saisonarbeiter als eine besondere, von den übrigen Beschäftigten deutlich getrennte Gruppe von Arbeitnehmern aufgefaßt worden sind, für die der in der Eingangsbestimmung (§ 23) geregelte gestaffelte Urlaub nicht galt. Nach dem Tarifvertrag von 1921 erhielten die Saisonarbeiter Urlaub nach eigener Staffel. Nach dem Tarifvertrag von 1926 sollten sie überhaupt keinen Anspruch auf Urlaub haben — dies alles, obgleich in beiden Tarifverträgen die Eingangsbestimmung (§ 23) von „allen" Arbeitnehmern sprach. Sie bezog sich also ganz zweifellos nur auf die durchgehend beschäftigten Arbeitnehmer und umfaßte trotz ihres scheinbar weitergehenden Wortlauts nicht die Saisonarbeiter. Den vom Treuhänder der Arbeit 1933 und 1935 erlassenen Bestimmungen haben hinsichtlich des Aufbaus der Einzelbestimmungen und der Wortfassung ersichtlich die vorangegangenen Tarifverträge zum Muster gedient. Wenn in ihnen ebenso wie in den seit vielen Jahren bestehenden und den Beteiligten in fortdauernder Übung aufs genaueste bekannt gewordenen Tarifverträgen die Eingangsbestimmung des Urlaubsabschnitts wiederum von „allen" Arbeitnehmern (1933) oder Gefolgschaftsmitgliedern (1935) spricht und wenn sich daran eine Bestimmung über Saisonarbeiter anschließt, die eine eigene Urlaubsregelung gibt, so kann kein Angehöriger eines schlesischen Ziegeleibetriebs auf den Gedanken kommen, unter „allen" Arbeitnehmern (oder Gefolgschaftsmitgliedern) seien auch die Saisonarbeiter eingeschlossen. Wie sich die von „allen" Arbeitnehmern sprechende Wortfassung des § 23 des frühesten ermittelten Tarifvertrags von 1921 erklärt, wird schwerlich noch festzustellen sein. Jedenfalls ist sie schon in diesem Tarifvertrag — im Hinblick auf dessen § 24 — offensichtlich sprachlich falsch, sofern man, worüber ja auch schon nach den damals geltenden arbeitsrechtlichen Begriffen kein Zweifel sein kann, auch die Saisonarbeiter zu den „Arbeitnehmern" zu rechnen hat. Diese unrichtige Wortfassung hat sich fortgeerbt. Aus ihr können jetzt keine entscheidenden Schlußfolgerungen bei der Auslegung der Urlaubsbestimmungen gezogen werden. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung zeigt mit aller Deutlichkeit, daß ursprünglich ein fehlerhafter Ausdruck vorlag, der unerkannt einfach wiederholt worden ist, ohne daß ihm nun plötzlich ein bestimmter Sinn hätte beigelegt werden sollen. Das LArbG. glaubt zwar, aus § 7 Nr. 3 TarO. von 1935 entnehmen zu können, daß diese TarO. bewußt neue Wege eingeschlagen habe. Dies ist aber unrichtig, schon früher war für die Frage der Urlaubsdauer eine Zusammenrechnung von Dienstzeiten zulässig. Denn § 29 des Tarifvertrags von 1921 kehrt teils wörtlich, teils mit Änderungen, die für die vorliegende Frage ohne Bedeutung sind, in allen folgenden Regelungen wieder — abgesehen nur von der TarO. von 1934, die aber überhaupt den Urlaub in einer ganz eigenartigen, von den früheren wie von den späteren Bestimmungen völlig abweichenden Art ordnete. Hätte man vielleicht in den früheren Regelungen, in denen die Zusammenrechnungsvorschrift hinter der Urlaubsbestimmung für die Saisonarbeiter stand, aus dieser Stellung schließen können, daß sie sich auch auf die letzteren beziehen solle, so ist dieser — schon an sich bedenkliche, weil am Buchstaben haftende — Schluß bei der TarO. von 1935 nicht möglich, weil hier die Reihenfolge eine andere ist.

Eine Regelung, der zufolge ein Saisonarbeiter, der vielleicht in den einzelnen Jahren nur ganz kurze Zeit in dem Betrieb tätig war, durch Zusammenrechnung von Zeitabschnitten, die sich auf eine lange Zeit verteilen, schließlich urlaubsmäßig so gestellt werden soll wie ein Gefolgschaftsmitglied, das eine der Summe dieser Zeitabschnitte gleichkommende Zahl von Jahren ununterbrochen dem Betrieb angehört hat, ist so neuartig und innerlich so wenig zwingend, daß sie nicht ohne weiteres als gewollt angesehen werden kann. Sie läßt sich auch nicht ohne weiteres aus der nationalsozialistischen Auffassung des Arbeitsverhältnisses erklären. Es kann ohne weiteres zugegeben werden, daß eine Regelung, wie sie der Tarifvertrag von 1926 enthielt, der den Saisonarbeitern keinerlei Urlaub gewährte, mit dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft nicht vereinbar ist. Denn auch der Saisonarbeiter, der in der arbeitsreichen Zeit monatelang in demselben Betrieb tätig ist, verwächst mit ihm bis zu einem gewissen Grad und verdient Erholungsurlaub. Aus diesem Gedanken heraus sprechen ihm die andern Tarifverträge Urlaub nach eigener Staffelung und die TarO. von 1933 und 1935 einen zwar nicht mit den Jahren steigenden, dafür aber in verhältnismäßig kurzer Zeit zu verdienenden Urlaub zu, die TarO. von 1935 mit dem besonderen Vorteil, daß durchgehend Beschäftigte im einzelnen Kalenderjahr Urlaub erst nach achtmonatiger Tätigkeit erhalten, Saisonarbeiter dagegen schon nach fünf Monaten. Es mag sein, daß damit, beim Fehlen einer Urlaubssteigerung, noch nicht genügend der Betriebszugehörigkeit Rechnung getragen ist bei einem Saisonarbeiter, der Jahr für Jahr, wenn seine Arbeit gebraucht wird, sich getreulich demselben Betrieb zur Verfügung stellt, daß also ein auch nach der Zahl der Betriebsjahre steigender Urlaub für Saisonarbeiter ebenso wie für ständig Beschäftigte an sich gerechtfertigt wäre. Aber der Tarifvertrag von 1926 hatte zunächst den großen Rückschritt gebracht, daß den Saisonarbeitern der Urlaub ganz versagt wurde. Die folgenden Tarifverträge haben den alten Rechtszustand wiederhergestellt, wonach der Urlaub der Saisonarbeiter nach der Länge ihrer Tätigkeit in der betreffenden Saison (drei, fünf oder sieben Monate) ein bis drei Tage betrug. Die Tarifordnung von 1933 stellte sie zunächst wieder ungünstiger, indem sie ihnen erst nach sieben Monaten Urlaub gewährte (zwei Tage). Eine Verbesserung stellt es schon dar, wenn in der TarO. von 1935 die Mindestdauer der Beschäftigung auf fünf Monate verkürzt und die Urlaubsdauer auf drei Tage verlängert wurde. Es läßt sich also jedenfalls nicht sagen, daß die TarO. von 1935, auch wenn sie noch nicht den Urlaub der Saisonarbeiter mit der Gesamtdauer seiner Betriebszugehörigkeit wachsen läßt, die Betriebsverbundenheit des Saisonarbeiters und die sich daraus für den Unternehmer ergebenden sozialen Pflichten nicht berücksichtige.

(RArbG., Urt. v. 27. Jan. 1937, RAG 195/36. — Breslau.)

*

** **49.** TreuhArbG.; § 72 ArbOG. Grenzen der bindenden Kraft von Tarifverträgen in der Übergangszeit bis zur Anordnung des RArbM. v. 28. März 1934.

Das Gesetz über Treuhänder der Arbeit v. 19. Mai 1933 hat diese Reichsstelle geschaffen, um bis zur Neuregelung der Sozialverfassung (die dann durch das ArbOG. erfolgt ist), an Stelle der wirtschaftlichen Vereinigungen (denen nach der TarVO. der Abschluß von Gesamtarbeitsverträgen obgelegen hatte), mit Rechtswirkung für die Beteiligten die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen zu regeln. Was also bis dahin durch Vereinbarungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen bestimmt wurde, sollte nunmehr allein noch durch den Treuhänder angeordnet werden können. Seine Anordnungen hatten aber keine weitergehende Kraft als die bisherigen Gesamtarbeitsverträge; sie konnten, wenn sie nicht vom RArbM. für allgemeinverbindlich erklärt wurden, nur Arbeitgeber binden, die einer in der Anordnung als beteiligt bezeichneten Arbeitgebervereinigung angehörten, nicht aber Außenseiter. Die Einsetzung der Treuhänder durch das Ges. v. 19. Mai 1933 hatte zur Folge, daß die bisherigen Tarifvertragsparteien, soweit sie überhaupt noch bestanden, an den bestehenden Tarifverträgen nichts mehr ändern konnten. Nicht ausgeschlossen dagegen war, daß sich ein tarifvertraglich beteiligter Verband auflöste und damit den Tarifvertrag zu Fall brachte (vgl. Mansfeld-Pohl, Anm. zu § 72 S. 558). Nicht ausgeschlossen war auch

daß ein einzelnes Verbandsmitglied aus der Vereinigung austrat und damit seine tarifvertragliche Bindung beseitigte. Der Beseitigung eines Tarifvertrags durch Auflösung einer beteiligten wirtschaftlichen Vereinigung wurde ein Riegel vorgeschoben, erst durch § 72 ArbOG., der bestimmte, daß Tarifverträge, die am 1. Dez. 1933 noch galten, bis zum 30. April 1934 in Kraft bleiben sollten, soweit nicht der Treuhänder der Arbeit anderes anordne. Auch damit wurde aber nicht ausgeschlossen, daß ein einzelner Betrieb aus dem Verband austrat und damit für sich die tarifvertragliche Bindung beseitigte. Erst durch die Anordnung des RArbM. v. 28. März 1934 wurde bestimmt, daß alle am 30. April 1934 noch laufenden Tarifverträge „für die am 30. April 1934 tarifgebundenen Betriebe" weitergelten sollten (und zwar als TarO.). Wenn also der Bekl. mit Schluß des Jahres 1933 aus dem Arbeitgeberverband der Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke Mitteldeutschlands ausgeschieden ist, erledigte sich damit für seinen Betrieb die Bindung an den von diesem Verband geschlossenen Tarifvertrag.

(RArbG. Urt. v. 20. Febr. 1937, RAG 191/36. — Halle a. S.)

*

** **50.** § 13 SchwBeschG. Die Hauptfürsorgestelle ist nicht gehalten, die Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbeschädigten zu erteilen, wenn der Schwerbeschädigte auch ohne das Arbeitseinkommen aus seiner derzeitigen Beschäftigung seinen Lebensunterhalt bestreiten kann.

Der Kl., Reichsbahnbetriebsassistent i. R., ist von der verklagten Reichsbahn als Bahnagent beschäftigt worden. Die Bekl. hat ihm gekündigt. Er hält die Kündigung für unwirksam, da er Schwerbeschädigter i. S. des SchwBeschG. sei. Die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ist nicht eingeholt worden.

Die Bekl. hat geltend gemacht, das SchwBeschG. könne nicht angewendet werden, weil der Kl. als Betriebsassistent i. R. von der Bekl. „zusätzlich, wenn man will, nebenamtlich" als Bahnagent beschäftigt worden sei. Er habe seine Existenzgrundlage in seinem Ruhegehalt gehabt, sei also des besonderen Schutzes des SchwBeschG. nicht bedürftig gewesen. Die Rev. trägt aber damit eine Beschränkung in das Gesetz hinein, für die dieses selbst keinerlei Anhalt bietet. Es gewährt seinen Schutz schlechthin jedem in einem Arbeitsverhältnis beschäftigten Schwerbeschädigten und überläßt es der Hauptfürsorgestelle zu entscheiden, ob im Einzelfall dem gekündigten Schwerbeschädigten der Arbeitsplatz weiter belassen werden soll oder nicht. Gezwungen, die Zustimmung zur Kündigung zu geben, ist sie nach dem Gesetz auch dann nicht, wenn der Schwerbeschädigte auch ohne das Arbeitseinkommen aus seiner derzeitigen Beschäftigung seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Ein gesetzlicher Zwang besteht vielmehr nur dann, wenn ihm ein anderer angemessener Arbeitsplatz gesichert ist, und selbst in diesem Fall ist eine ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochene Kündigung unwirksam. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil der Kl. die Einkünfte, die den Schutz des SchwBeschG. für ihn vielleicht entbehrlich machen könnten, gerade aus seinem früheren Beamtenverhältnis zur Bekl. erhält.

(RArbG., Urt. v. 9. Dez. 1936, RAG 156/36. — Halle a. S.)

*

** **51.** § 113 ArbVermG. Im Fall des § 113 Abs. 2 geht die Forderung des Beschäftigten auf Entgelt oder Entschädigung in Höhe der ihm zu Unrecht gezahlten Unterstützungsbeträge auf die Reichsanstalt über. Ist dies im Kündigungswiderrufsverfahren nicht berücksichtigt worden, so kann sich der Unternehmer der Reichsanstalt gegenüber nicht auf das unrichtige Urteil berufen; er hat die Beträge an das Arbeitsamt abzuführen und kann dann insoweit einer Vollstreckung aus dem im Kündigungswiderrufsverfahren ergangenen Urteil mit der Klage aus § 767 ZPO. begegnen. †)

Die Klage der Reichsanstalt ist schlüssig begründet. Nachdem die Bekl. durch Urt. v. 4. Mai 1935 zum Widerruf der Kündigung K.s und für den Fall seiner Nichtwiedereinstellung zu einer Entschädigung in Höhe von vier Monatsgehältern rechtskräftig verurteilt worden war, die Wiedereinstellung aber abgelehnt hatte, stand fest, daß die Bekl. dem K. die Entschädigung schuldete und daß K. nach § 113 Abs. 1 Satz 3 ArbVermG. die Arbeitslosenunterstützung für die Monate Januar bis April 1935 (erstmalig ausgezahlt am 8. März 1935) zu Unrecht erhalten hatte. Für solche Fälle bestimmt § 113 Abs. 2:

„Werden einem Arbeitslosen Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis (Arbeitsentgelt, Abfindung, Entschädigung) geschuldet und wird ihm entgegen Abs. 1 bereits Unterstützung gewährt, so hat der Arbeitgeber die Unterstützungsbeträge, die zu Unrecht gewährt sind, der Reichsanstalt zu erstatten; er hat sie an das Arbeitsamt abzuführen, das sie ausgezahlt hat. Er kann sie dafür dem Arbeitnehmer gegenüber aufrechnen."

Das hat, wie schon im Urt. v. 15. Dez. 1928 (RArbG. 3, 55 = ArbRSamml. 8, 55 = JW. 1930, 3151 [65] m. Anm. und im Urt. v. 1. März 1933 [ArbRSamml. 18, 126 = JW. 1933, 1355 [4]]) ausgesprochen ist, die Bedeutung, daß im Fall des § 113 Abs. 2 ArbVermG. die Forderung des Arbeitnehmers in Höhe der ihm zu Unrecht gezahlten Unterstützungsbeträge auf die Reichsanstalt übergeht. Auch der Spruchsenat des RVersA. hat sich in der Entsch. v. 20. Febr. 1931 auf diesen Standpunkt gestellt (RArbBl. 1931, IV, 380). An dieser Auffassung ist festzuhalten. Bei der im Schlußsatz des § 113 Abs. 2 erwähnten Aufrechnung handelt es sich, wie schon in RArbG. 3, 57 gesagt ist, nicht um eine echte Aufrechnung i. S. des § 387 BGB., bei der eine Forderung durch Willenserklärung des Schuldners, der ihr eine Gegenforderung entgegenhält, zum Untergang gebracht wird. Vielmehr mindert sich hier die Schuld des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, ohne daß der Arbeitgeber eine besondere Erklärung abzugeben braucht, von selbst um den Betrag, den der Arbeitgeber an das Arbeitsamt abzuführen hat, weil in diesem Umfang die Forderung des Arbeitnehmers kraft gesetzlicher Vorschrift auf die Reichsanstalt (Arbeitsamt) übergegangen ist. Der Arbeitnehmer ist, soweit er zu Unrecht Arbeitslosenunterstützung empfangen hat, zur Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen nicht mehr befugt, denn in diesem Umfang steht die Forderung eben nicht mehr ihm zu, sondern dem Arbeitsamt.

Diese Rechtslage hat das LArbG. im Rechtsstreit K.s gegen die Bekl. nicht erkannt, wenn es in seinem Urt. v. 4. Mai 1935 die Bekl. zur Zahlung der vollen Restsumme von 399,11 RM „an den Kl." verurteilt und in den Entscheidungsgründen ausgesprochen hat, daß ein gesetzlicher Übergang der Entschädigungsforderung K.s auf das Arbeitsamt (die Reichsanstalt) nicht eingetreten sei. Auch wenn man unterstellt, daß das LArbG. schon nach dem damaligen Parteivortrag dem K. nur einen um die unrechtmäßig empfangenen Unterstützungsbeträge geminderten Entschädigungsbetrag hätte zusprechen dürfen, daß also schon die Formel des Urt. v. 4. Mai 1935 fehlerhaft war, so kann doch im gegenwärtigen Rechtsstreit die Bekl. daraus nichts für sich herleiten. Denn das Urt. v. 4. Mai 1935 hat keine Rechtskraftwirkung im Verhältnis der jetzigen Streitteile untereinander. § 407 verbunden mit § 412 BGB. ist nicht anwendbar — § 407 Abs. 1 deshalb nicht, weil die Bekl. bei der Zahlung an K. die Tatsachen kannte, aus denen sich der gesetzliche Übergang der Teilforderung K.s auf die Kl. ergab (RGRKomm., Anm. 1 Abs. 3 zu § 407), § 407 Abs. 2 deshalb nicht, weil die Forderung K.s schon im Okt. 1934 rechtshängig geworden war, ein Übergang auf die Kl. aber frühestens am 8. März 1935 erfolgt ist. Die Bekl. kann auch nicht etwa, gestützt auf § 68 ZPO., deren Einwand abwehren, der frühere Rechtsstreit sei von der Bekl. mangelhaft geführt und jedenfalls unrichtig entschieden worden; denn sie hat es versäumt, im Vorprozeß der jetzigen Kl. den Streit zu verkünden.

Die Bekl. hat im jetzigen Rechtsstreit nicht behauptet, sie habe das Arbeitsamt vor Erlaß des Urt. v. 4. Mai 1935 von dem gegen sie von K. anhängig gemachten Rechtsstreit unterrichtet. Dabei war ihr eine solche Benachrichtigung ausdrücklich in einer durch den Druck besonders hervorgehobenen Bemerkung auf dem Formblatt der Arbeitsbescheinigung, die sie sei-

nerzeit dem K. ausgestellt hatte, zur Pflicht gemacht worden. Ebenso fehlt es an jedem Anhalt dafür, daß die Bekl. vor Erlaß des Urt. v. 4. Mai 1935 sich beim Arbeitsamt nach der Höhe der etwa zurückzuerstattenden Unterstützungsbeträge erkundigt hätte, um den Betrag dem Gericht zwecks Absetzung von der Entschädigung K.s bekanntzugeben. Es kann angenommen werden, daß das Arbeitsamt ihr alsbald die Unterlagen zur Verfügung gestellt hätte, aus denen der Gesamtbetrag dieser Unterstützung hätte errechnet werden können. Irgendwelche Versäumnis des Arbeitsamts gegenüber der Bekl., auf der etwa das, wie zu unterstellen, auch in seinem Urteilsspruch unrichtige Urteil v. 4. Mai 1935 beruhen und auf die sich deshalb die Bekl. im vorl. Rechtsstreit der Klage gegenüber berufen könnte, ist danach nicht ersichtlich. Wohl wäre es zweckmäßig gewesen, in das — übrigens mit seiner Bezugnahme auf § 87 BetrRG. schon damals offensichtlich veraltete — Formblatt, auf dem der Bekl. Ende Febr. 1935 die Bewilligung der Arbeitslosenunterstützung an K. mitgeteilt worden ist, dem Satz vom Übergang der Arbeitnehmeransprüche auf die Reichsanstalt einen Hinweis auf die einschlägige Rspr. des RArbG. und des RVersA. beizufügen. Denn darin muß dem LArbG. recht gegeben werden, daß aus dem Wortlaut des § 113 ArbVermG. allein jener gesetzliche Übergang nicht zu entnehmen ist. Aber in der Unterlassung eines solchen Hinweises kann eine schuldhafte Pflichtverletzung des Arbeitsamts gegenüber der Bekl. nicht gefunden werden. Das ArbA. konnte damit rechnen, daß dem ArbG., dem gegenüber der gesetzliche Übergang von der Bekl. anweisungsgemäß geltend zu machen war, die Bedeutung des § 113 Abs. 2 ArbVermG. bekannt war.

Nach alledem kann sich die Bekl. nicht darauf berufen, daß sie im Vorprozeß ohne Rücksicht auf ihre Verpflichtung gegenüber der Reichsanstalt verurteilt worden ist, die volle Restsumme von 399,11 *RM* „an den Kl." (K.) zu zahlen. Die Möglichkeit, das unrichtige Urteil zu vermeiden, war im vorl. Falle der Bekl. ohne weiteres in dem Rechtsbehelf der Streitverkündung nach § 72 ZPO. geboten. Es kann also ganz dahingestellt bleiben, ob sie nicht auch durch eine sachgemäßere Prozeßführung — Hinweis auf die Rspr. des RArbG. und des RVersA. zu § 113 Abs. 2 ArbVermG., Beschaffung der rechnungsmäßigen Unterlagen für die Feststellung des von K. zu Unrecht empfangenen Unterstützungsbetrags — hätte durchsetzen können, daß im Urt. v. 4. Mai 1935 ihre Erstattungspflicht gegenüber der Reichsanstalt berücksichtigt wurde.

Es kann sich sonach bloß noch fragen, ob die Bekl. etwa mit den Vorwürfen gehört werden konnte, die sie gegen das Arbeitsamt wegen seines Verhaltens nach Erlaß des Urt. v. 4. Mai 1935 erhoben hat. Diese gingen dahin, daß das Arbeitsamt trotz dringlichen Hinweises es unterlassen habe, auf Grund seines Anspruchs gegen K. auf Rückerstattung der ihm zu Unrecht gewährten Unterstützungsbeträge in Höhe dieser Beträge die ihm durch das Urt. v. 4. Mai 1935 zuerkannte Entschädigungsforderung pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen, ehe die Bekl. durch die Vollstreckungsdrohung K.s zur Bezahlung gezwungen war. Aber auch diese Frage ist zu verneinen. Das Arbeitsamt wäre gesetzlich zwar in der Lage gewesen, alsbald gegen K. vorzugehen, sich einen Vollstreckungstitel zu beschaffen und die Entschädigungsforderung gegenüber der Bekl. zu pfänden (§§ 177 Abs. 1, 185 ArbVermG.). Nach der Entsch. des RVersA. v. 16. Jan. 1931 (RArbBl. 1931, IV, 197) hätte K. gegenüber dem Erstattungsanspruch des Arbeitsamts auch nicht einwenden können, daß er nicht mehr bereichert sei. Der dem Arbeitsamt von der Bekl. vorgeschlagene Weg hätte also wohl dazu führen können, daß der Bekl. die doppelte Zahlung der 188,45 *RM* erspart geblieben wäre.

Es scheint zwar fast, als ob das Arbeitsamt mit seiner schon erwähnten Eingabe v. 8. Juni 1935 an das LArbG., in der um eine gerichtliche Verfügung gebeten wurde, daß die am 4. Mai 1935 verurteilte Bekl. einen — damals mit 190,80 *RM* angegebenen — Teilbetrag der Urteilssumme nicht an K., sondern an das Arbeitsamt abführen solle, der Anregung der Bekl. vom 24. Mai 1935, die Entschädigungsforderung K.s zu pfänden, hätte folgen wollen, wobei das Arbeitsamt allerdings einen völlig ungeeigneten Weg eingeschlagen hätte. Aber daraus, daß das Arbeitsamt etwa den Wunsch oder auch die Verpflichtung gefühlt hätte, der Bekl. zu Hilfe zu kommen, läßt sich noch nicht entnehmen, daß es eine solche Pflicht auch wirklich gehabt hätte. In der Tat kann eine solche Rechtspflicht aus folgenden Erwägungen nicht anerkannt werden.

Die Kl. war aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt genötigt, der Bekl. gegenüber das Urt. v. 4. Mai 1935 als richtig anzuerkennen. Treu und Glauben möchten es allerdings gefordert haben, daß das Arbeitsamt der Bekl. durch Pfändung der Forderung K.s beisprang, wenn dies das einzige Mittel gewesen wäre, die Bekl. vor einer ihr durch einen Irrtum des Gerichts aufgezwungenen Doppelzahlung zu bewahren. Eine solche Zwangslage war aber nicht gegeben, denn die Bekl. hatte die rechtliche Möglichkeit, sich selbst vor diesem Schaden zu schützen. Sie hätte nämlich den von K. zu Unrecht empfangenen Unterstützungsbetrag, dessen Höhe sie mit leichter Mühe beim Arbeitsamt hätte erfragen können, an dieses abführen und durch den Nachweis dieser Zahlung die Vollstreckung des Urt. v. 4. Mai 1935 zu diesem Teilbetrag abwehren können.

Das LArbG. meint hierzu, die Bekl. hätte eine etwa an K. aus dem Urt. v. 4. Mai 1935 betriebene Vollstreckung dadurch nach § 775 Nr. 4 ZPO. zur Einstellung bringen können, daß sie eine Bescheinigung des Arbeitsamt, das ist eine öffentliche Urkunde, vorgelegt hätte, in der die dorthin geleistete Zahlung unter Hinweis auf den gesetzlichen Forderungsübergang bestätigt war; notfalls hätte sie im Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. gegen K. vorgehen können. Ob der Weg des § 775 Nr. 4 gangbar gewesen wäre, mag zweifelhaft sein, kann aber dahingestellt bleiben. Jedenfalls war der Bekl. durch das rechtskräftige Urt. v. 4. Mai 1935 die Möglichkeit nicht verbaut, ihrer Erstattungspflicht aus § 113 Abs. 2 ArbVermG. nachzukommen und den abgeführten Betrag dem K. gegenüber nach § 113 Abs. 2 ArbVermG. „aufzurechnen". Durch das Urt. v. 4. Mai 1935 ist nicht etwa ausgesprochen worden, daß eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung der Bekl. gegen K. nicht bestehe; § 322 Abs. 2 ZPO. kommt hier schon deshalb nicht zur Anwendung, weil im Vorprozeß gar keine Forderung der Bekl. an K. zur Aufrechnung gestellt, sondern nur die Klagebefugnis K.s für einen Teil des von ihm geltend gemachten Anspruchs geleugnet worden war. Das Urteil hat demgemäß lediglich verneint, daß ein gesetzlicher Übergang der Forderung K.s auf die jetzige Kl. eingetreten sei. Es hat aber der Bekl. ausdrücklich die Abführung des Erstattungsbetrags und die darauf gestützte „Aufrechnung" i. S. des § 113 Abs. 2 ArbVermG. vorbehalten, wenn auch nur in den Entscheidungsgründen. Die Bekl. konnte also auch noch nach Erlaß des Urt. v. 4. Mai 1935 den jetzt streitigen Betrag an das Arbeitsamt abführen und nunmehr die „Aufrechnung" i. S. des § 113 Abs. 2 ArbVermG. erklären. Durch eine solche „Aufrechnung" sollte nach dem Willen des Urt. vom 4. Mai 1935 die zugesprochene Forderung in Höhe des „aufgerechneten" Betrags in gleicher Weise erlöschen, wie durch eine echte Aufrechnung nach § 389 BGB. Dieses nach dem Erlaß des Urteils eingetretene Erlöschen des Urteilsanspruchs konnte im Weg des § 767 ZPO. geltend gemacht werden.

Hatte aber danach die Bekl. eine rechtliche Möglichkeit, sich selbst gegen eine Doppelzahlung zu schützen, so kann sie das jetzige Vorgehen der Kl. nicht als Verletzung der auf gute Sitte und Anstand zu nehmenden Rücksicht bezeichnen, auch nicht um deswillen, weil die Bekl. aus Rechtsirrtum von dem Recht der nachträglichen „Aufrechnung" gegenüber K. und Erhebung der Vollstreckungsgegenklage keinen Gebrauch gemacht hat. Denn die Kl. hat diesen Rechtsirrtum der Bekl. keinesfalls verschuldet.

(RArbG., Urt. v. 11. Nov. 1936, RAG 150/36. — Halle a. S.)

**Anmerkung:** An der Richtigkeit der Entsch. wird kaum zu zweifeln sein. Gleichwohl bleibt das Ergebnis in hohem Maße unerfreulich.

Einem Angestellten bei einer kleinen wissenschaftlichen Verlagsbuchhandlung war zum 31. Dez. 1934 gekündigt worden; er hatte hierauf für die Monate Januar bis April 1935 Arbeitslosenunterstützung bezogen, inzwischen aber das Kündigungswiderrufsverfahren angestrengt, das am 4. Mai 1935 mit Verurteilung des Unternehmers zum Widerruf und gegebenenfalls

zu einer Entschädigung in Höhe von vier Monatsgehältern endigte. Hierbei hatte das BG. irrtümlich angenommen, daß ein gesetzlicher Übergang der Entschädigungsforderung des Angestellten auf die Reichsanstalt in Höhe der zu Unrecht bezogenen Unterstützungen nicht eingetreten sei, und hatte demgemäß diese Beträge nicht von der Entschädigungssumme gekürzt, obwohl der Unternehmer dem Gericht vorgetragen hatte, daß nach ihm zugegangener Mitteilung des Arbeitsamtes die Ansprüche des Angestellten in Höhe der ihm gewährten Unterstützungen auf die Reichsanstalt übergegangen seien. Alsbald nach Verkündung des Urteils, das diese Rechtsänderung nicht berücksichtigte, sondern auf Zahlung der ungekürzten Entschädigung erkannte, hatte der Unternehmer die Sachlage dem Arbeitsamt unterbreitet und anheimgegeben, den dem Angestellten zuerkannten Betrag in Höhe der gezahlten Unterstützungen zu pfänden. Das Arbeitsamt hat dem nicht entsprochen, sondern das LArbG. gebeten, eine Verfügung dahin zu erlassen, daß von der Urteilssumme ein bestimmter Teilbetrag an das Arbeitsamt abgeführt werde. Es ist nicht festgestellt, aus welchen rechtlichen Erwägungen das Arbeitsamt der durchaus sachgemäßen Anregung des Unternehmers nicht Folge gegeben, sondern einen Weg eingeschlagen hat, den das RArbG. sehr milde als „völlig ungeeignet" bezeichnet. Daß der Unternehmer seinerseits durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage der doppelten Zahlung hätte entgehen können, ist sicher zutreffend. Gleichwohl bleibt die bedauerliche Tatsache bestehen, daß der Unternehmer von Rechts wegen den Schaden tragen muß, der vermieden worden wäre, wenn die beteiligten Behörden die Angelegenheit sachgemäß behandelt hätten.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

** **52.** Begriff des eigenen Hausstands i. S. des § 6 VO. über die Einberufung zu Übungen der Wehrmacht v. 25. Nov. 1935.

Die VO. v. 25. Nov. 1935 (RGBl. I, 1358) läßt den Angestellten und Arbeitern öffentlicher Verwaltungen und Betriebe i. S. des § 1 OffArbOG. eine bevorzugte Behandlung zuteil werden. Führen sie einen eigenen Hausstand oder dauert die Übung länger als vier Wochen, so sind ihnen, wie nach § 6 Abs. 2 VO. den öffentlichen Beamten und anders als den Arbeitern und Angestellten der freien Wirtschaft, während des Übungsurlaubs die Dienstbezüge nach § 6 Abs. 3 Satz 2 fortzuzahlen, nur gekürzt um die nach § 5 ruhenden Arbeitnehmeranteile an den Sozialversicherungsbeiträgen. Als städtischer Angestellter fällt der Kl. unter die bevorzugte Angestelltengruppe. Da seine Übung nur drei Wochen gedauert hat, hängt jedoch die Entsch. über den mit der Klage verfolgten Weiterbezug seiner Bezüge während der Übungszeit noch davon ab, ob der Kl. einen eigenen Hausstand führt.

In dieser Hinsicht ist unter den Parteien folgendes unstreitig: Der Kl. ist geschieden und lebt von seiner früheren Ehefrau getrennt. Bei ihr befindet sich das aus der Ehe hervorgegangene Kind. Er selbst ist in der früheren ehelichen Wohnung, die aus Wohn-, Schlaf-, Fremdenzimmer, Bad, Küche, Boden und Keller besteht, mit der ihm gehörigen Einrichtung verblieben und läßt die Wohnung durch eine Aufwartung in Ordnung halten. Er nimmt in ihr auch den Frühkaffee ein, ißt jedoch zu Mittag und Abend bei seinen am Orte wohnenden Eltern.

Eine allgemeine gesetzliche Festsetzung des Begriffes des eigenen Hausstands fehlt. Nach der Begriffsbestimmung, welche unter A II 3 der am 9. Febr. 1923 vom RFM. für die Bewilligung von Beschäftigungsgeldern und Versetzungsentschädigungen der Beamten erlassenen Richtlinien (RBesBl. 52—56) sich findet, ist ein eigener Hausstand des Beamten dann anzunehmen, wenn er „eine eigene Wohnung mit eigener oder selbstbeschaffter Geräteausstattung und Kochgelegenheit besitzt (nicht etwa in einem möblierten Zimmer wohnt), in seiner Wohnung die zum Lebensunterhalt notwendigen Speisen (wenigstens eine Hauptmahlzeit) durch einen Haushaltsgehilfen (auch Familienangehörigen) für eigene Rechnung herstellen läßt, und wenn er für dessen Beköstigung auch während seiner Abwesenheit ganz oder doch vorwiegend aufzukommen hat". Diese Begriffsbestimmung, welche auf die Lebensführung des Kl. ohne Zweifel nicht zutrifft, gilt jedoch, wie die Vorschrift besonders zum Ausdruck bringt, nur i. S. jener Richtlinien. Schwerlich läßt sich ein auf allgemeiner Verkehrsanschauung beruhender Sprachgebrauch feststellen, nach welchem der eigene Hausstand einer Person stets außer einer Wohnung mit eigener Einrichtung auch einen wirklichen eigenen Haushalt und ferner das Vorhandensein eines auf Kosten des Haushalts lebenden Hausangehörigen erfordert. Vielmehr wird das Wort „Hausstand" im Leben nicht einheitlich aufgefaßt und in einer bald weiteren, bald engeren Bedeutung verwendet. So erklärt sich gerade, daß der Minister es für zulässig und angezeigt gehalten hat, den Begriff für seine Richtlinien genau zu umgrenzen. Daß er dabei den Begriff möglichst eng gefaßt hat, wird aus der damaligen Notzeit der Inflation verständlich, welche die Wahrnehmung der rein fiskalischen Belange in besonders hohem Maße verlangte. Eine allgemeinere Bedeutung kann der so eng verstandene Begriff der Führung eines eigenen Haushalts aber nicht beanspruchen.

Für die VO. v. 25. Nov. 1935 stehen fiskalische Belange nicht im Vordergrund. § 6 Abs. 3 Satz 2 bezweckt, die zu Übungen der Wehrmacht eingezogenen Arbeiter und Angestellten, soweit es mit den Belangen ihrer öffentlich-rechtlichen Dienstherren vereinbar ist, vor wirtschaftlich nachteiligen Folgen aus der Einziehung möglichst zu bewahren. Wenn sie deshalb öffentlichen Verwaltungen und Betrieben die Verpflichtung auferlegt, auch bei Übungen unter vier Wochen ihren Arbeitern und Angestellten, falls sie einen eigenen Hausstand führen, die Dienstbezüge weiter zu zahlen, so muß, soll die bezeichnete Absicht erreicht werden, hier der Begriff der Führung eines eigenen Haushalts weit gefaßt werden.

Wer als Untermieter ein möbliertes Zimmer innehat, führt keinen eigenen Hausstand. Er fügt sich vielmehr einem fremden Hausstand ein. Dagegen läßt sich von der Führung eines eigenen Hausstands schon bei dem sprechen, der eine für familienmäßigen Haushalt geeignete, mit Kochgelegenheit verbundene Wohnung mit einer vollständigen Einrichtung ausgestattet und innehat. Er ist nicht mehr Glied eines fremden Hausstandes, sondern hat sich einen selbständigen dauernden Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen geschaffen und damit in weitgefaßtem Sinne bereits einen eigenen Hausstand begründet, den er für den Fall einer kurzen vorübergehenden Abwesenheit nicht sogleich oder nur mit erheblicheren Kosten auflösen kann, während dem Untermieter eines möblierten Zimmers dessen Aufgabe fast stets ohne besondere Mühe und ohne wesentliche Kosten möglich sein wird. Wird der Inhaber solcher Wohnung zu einer militärischen Übung eingezogen, so erwachsen ihm regelmäßig allein durch die notwendige Beibehaltung seines vollständig ausgestatteten und für eine dauernde Hauswirtschaft eingerichteten Wohnraums höhere Unkosten, die dem Inhaber eines möblierten Zimmers oder gar nur einer Schlafstelle erspart bleiben. Ihn für die daraus erwachsene Benachteiligung durch die Verpflichtung seines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers zur Weiterleistung der Dienstbezüge zu entschuldigen, erscheint deshalb als naheliegende Absicht der erwähnten VO. In ihrem Sinne muß daher die Führung eines eigenen Hausstandes schon mit dem Besitz der für eine vollständige Hauswirtschaft geeigneten und ausgestatteten Wohnung als gegeben angenommen werden, und es kann nicht mehr darauf ankommen, wie der Einberufene seine selbständige Lebensführung in der Wohnung gestaltet, ob er in ihr auch die Hauptmahlzeiten sich zubereiten läßt und einnimmt, und ob er sogar noch einen Familienangehörigen oder doch eine Hausgehilfin in die Wohnung mit aufgenommen hat und in ihr mit versorgt. Solche Merkmale mögen für die Führung eines eigenen Hausstandes im engeren Sinne erforderlich sein, und diese engere Bedeutung mag dem Begriffe der Führung eines eigenen Hausstandes im Sprachgebrauch des Lebens häufiger zukommen. Im Bereich der genannten VO. und nach der ihr zugrunde liegenden Absicht muß der Begriff jedenfalls in der oben dargelegten Weise weit gefaßt werden.

(RArbG., Urt. v. 2. Dez. 1936, RAG 172/36. — Dresden.)

*

**** 53.** § 19 FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924. Ob das Beschäftigungsverhältnis eines Unterstützten zur Fürsorgestelle öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Art ist, richtet sich nach dem erklärten Willen der Beteiligten.

Der Kl. ist seit 1. Febr. 1930 vom Wohlfahrtsamt der Bekl. mit einigen Unterbrechungen bis 1936 unterstützt worden, zwischendurch auch auf Grund besonderen Vertrags v. 1. Jan. bis 28. Febr. 1934 und v. 9. Okt. 1934 bis 31. März 1935 im privatrechtlichen Dienstverhältnis bei der Bekl. beschäftigt gewesen. Er hat für die Unterstützung Pflichtarbeit geleistet. Es ist dabei aber nicht bei der ursprünglich vorgesehenen Zahl von 16 oder 22 Arbeitsstunden je Woche geblieben, sondern er hat später wöchentlich volle 48 Stunden gearbeitet, ohne jemals mehr als die Unterstützung erhalten zu haben, abgesehen von den Zeiten, in welchen er ausdrücklich im Privatdienstverhältnis beschäftigt worden ist. Er ist der Meinung, daß er in der ganzen Zeit voller Beschäftigung im Privatdienstverhältnis gestanden habe, und verlangt einen Teil des Betrags, um den ein angemessener Dienstlohn die Unterstützungsbeträge überstiegen haben würde.

Das Verhältnis des Unterstützten zur Stadt ist seiner Natur nach öffentlich-rechtlicher Art. Das hindert zwar nicht, daß auch ein privatrechtliches Dienstverhältnis vereinbart sein kann. Ob das der Fall ist, richtet sich nach dem Willen der Beteiligten. Stimmt dieser Wille nicht überein — und das ist hier nicht zu bezweifeln —, so entscheidet die beiderseitige Erklärung. Die Unbilligkeit einer Zumutung kann aber gegenüber unzweideutiger entgegengesetzter Erklärung nicht die Grundlage für die Annahme eines privaten Rechtsverhältnisses bilden. Ebenso muß eine Absicht des Unterstützten unberücksichtigt bleiben, wenn sie nicht erklärt ist und im Gegensatz zu den sonstigen Umständen steht. Entscheidend ist vielmehr der Wille, wie er entweder ausdrücklich erklärt ist oder sich aus dem ganzen Verhalten ergibt.

Die ausdrücklichen Erklärungen, sowohl v. 15. Juli 1930 und 26. Febr. 1932, als auch eine Erklärung des Kl. v. 1. März 1934 betreffen nur eine Beschäftigung als Pflichtarbeiter; in der letzteren wird sie ausdrücklich in Gegensatz gestellt zu der damals eben abgelaufenen, von vornherein auf Zeit begrenzt gewesenen Beschäftigung gegen Entgelt — also auf Privatdienstvertrag —. Gerade dieses Herausnehmen kurzer Zeiten, in denen der Bekl. eine Beschäftigung des Kl. im Privatdienstverhältnis gegen Entgelt möglich war, beweist, daß beide Parteien ihr Verhältnis als öffentlich-rechtliches behandelt haben und sich völlig klar hierüber gewesen sind. Andernfalls hätte der Kl. früher Forderungen gestellt und die Bekl. rechtzeitig gezahlt wie für die Zeiten, in denen ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis ausdrücklich vereinbart worden war. Jede andere Auslegung ist unmöglich. Damit ist nicht gesagt, daß die Arbeitsleistung des Kl. durch die gewährte Unterstützung ausgeglichen gewesen wäre. Aber ein privatrechtliches Dienstverhältnis liegt nicht vor und ebensowenig kann aus den im Urt. v. 14. Juni 1933, RAG 38/33: JW. 1933, 2081[5] = ArbRSamml. 18, 377 ausgeführten Gründen auf dem Umwege eines Bereicherungsanspruchs dem Rechtsverhältnis privatrechtliche Eigenart verliehen und damit der Rechtsweg eröffnet werden.

Tatsachen, welche ein privatrechtliches Verhältnis dartun könnten, sind nicht zureichend dargetan und erwiesen. Der erhobene privatrechtliche Anspruch ist daher zu Recht abgewiesen worden. Ob ein öffentlich-rechtlicher besteht, ist hier nicht zu entscheiden.

(RArbG., Urt. v. 25. Nov. 1936, RAG 152/36. — Frankfurt a. O.)

*

**** 54.** §§ 898 ff. RVO. Eine Amnestie zählt i. S. des § 900 nicht zu den in der Person des Verpflichteten liegenden Gründen, aus denen ein Strafurteil nicht ergehen kann. Schadensersatzansprüche außerhalb der RVO. können daher in solchem Falle nicht erhoben werden.

Der Kl. war als Maurer, der Bekl. als Polier auf einer Baustelle tätig, auf der eine Halle mit Leichtdecken zu überwölben war. Der Kl. brach beim Umlegen eines Leitergangs durch die Decke durch und erlitt Verletzungen; er nimmt den Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch mit der Behauptung, daß der Bekl. den Unfall vorsätzlich herbeigeführt habe. — Der Kl. hatte Strafanzeige erstattet; das Verfahren ist auf Grund des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) eingestellt worden.

Das BG. hat abgewiesen, weil der Kl. einen Anspruch nur geltend machen könne, wenn strafgerichtlich festgestellt worden sei, daß der Bekl. den Unfall vorsätzlich herbeigeführt habe, oder wenn wegen eines in der Person des Bekl. liegenden Grundes ein strafgerichtliches Urteil nicht habe ergehen können (§§ 898, 899, 900 RVO.), diese Voraussetzung aber nicht erfüllt sei. Seine Darlegungen enthalten keinen Rechtsirrtum.

Die Rev. meint, daß auch die Amnestie als ein in der Person des Bekl. liegender Grund anzusehen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Vorschrift des § 900 RVO. ist aus älteren Gesetzen übernommen worden. Sie findet sich schon in §§ 95, 97 UnfallversicherungsG. v. 6. Juli 1884 (RGBl. 69). In der Begründung dieses Gesetzes (S. 81) ist hervorgehoben, das Gesetz verfolge das Ziel, alle Streitigkeiten zwischen Arbeitern und Arbeitgebern über Entschädigungsansprüche aus Unfällen zu beseitigen und bei allgemeiner Belastung des Unternehmers dem Arbeiter statt des oft unsicheren Anspruchs gegen den Unternehmer eine zwar begrenzte, aber sichere Entschädigung zu bieten. Nur dann, wenn durch strafgerichtliches Urteil die vorsätzliche Herbeiführung des Unfalls festgestellt sei, sollte ein Anspruch gegen den Verantwortlichen gegeben bleiben. Das gleiche sollte gelten, wenn in einem einzelnen Fall der Erlaß eines strafgerichtlichen Urteils gegen denjenigen, der den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat, durch den Tod oder die Flucht oder einen andern in der Person des Schuldners liegenden Grund ausgeschlossen ist; nur dann sollte der Erlaß eines Urteils nicht die Voraussetzung des Anspruchs sein (Begründung S. 82). Es ist also die Ausnahme nur für einzelne Fälle der angegebenen Art vorgesehen, nicht aber auch dann, wenn bei Aufstellung allgemeiner Tatbestände die strafgerichtliche Feststellung durch Urteil auf Grund Gewährung von Straffreiheit unmöglich wird, mögen dabei auch Gründe in der Person der Beteiligten mit als Maßstab dafür dienen, ob dem Beteiligten Straffreiheit zuzubilligen ist.

(RArbG., Urt. v. 19. Dez. 1936, RAG 105/36. — Berlin.)

*

**** 55.** § 1255 RVO. Begriff der Invalidität.

In der maßgebenden Tarifordnung heißt es:

„Die Festlegung des Lohnsatzes für jugendliche Gefolgschaftsmitglieder unter 16 Jahren sowie für durch Alter, Invalidität oder Unfall minderleistungsfähig gewordene Mitglieder der Gefolgschaft erfolgt in Betrieben, in denen ein Vertrauensrat zu bilden ist, durch diesen, in den übrigen Betrieben im Wege der freien Vereinbarung."

Unter Invalidität wird nach allgemeinem Sprachgebrauche ein durch körperliche oder geistige Gebrechen oder Schwäche hervorgerufener Zustand verstanden, durch den die Leistungs- und Erwerbsfähigkeit des Menschen in erheblichem Maße herabgesetzt ist. Worin die körperlichen oder geistigen Gebrechen oder die Schwäche ihre Ursache haben, ist für den Begriff der Invalidität an sich gleichgültig. Alter, Übermaß in der Arbeit, Unfall und ebenso auch Kriegsbeschädigung können die Ursache sein. Je nach der Ursache spricht man von Alters-Invaliden, Arbeits-Invaliden, Unfall-Invaliden und auch Kriegs-Invaliden. Von diesem Grundbegriffe der Invalidität ist sichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, wenn er im § 1255 (früher § 1254) RVO. als Invaliden gelten läßt, „wer nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht und ihm unter billiger Berücksichtigung seiner Ausbildung und seines bisherigen Berufes zugemutet werden kann, $1/3$ dessen zu erwerben, was körperlich und geistig gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegend durch Arbeit zu verdienen pflegen". Auch hier ist der

Begriff der Invalidität an sich nicht davon abhängig, worauf der Zustand zurückzuführen ist. Während also der Begriff der Invalidität im gewöhnlichen Sinne den Zustand der geminderten Leistungsfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursache bezeichnet, muß angenommen werden, daß er in der streitigen Tarifbestimmung in einem engeren Sinne zu verstehen ist. Denn hier ist das Wort Invalidität gleichwertig neben die Worte Alter und Unfall gestellt und damit gleich diesen als eine der Ursachen bezeichnet, durch die der Zustand der Minderleistungsfähigkeit herbeigeführt worden ist. Es kann deshalb bei der Auslegung der Tarifbestimmung auch nicht auf den allgemeinen Zustandsbegriff der Invalidität zurückgegangen, es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß der Treuhänder der Arbeit, indem er die Invalidität gleichwertig neben Alter und Unfall gesetzt hat, damit ein besonderes Ursachengebiet als dritte Ursache für die Minderleistungsfähigkeit hat abgrenzen wollen. Es ist bereits hervorgehoben, daß man im Verkehrsleben im Hinblick auf die Ursachen der Invalidität von Alters-Invaliden, Arbeits-Invaliden, Unfall-Invaliden und Kriegs-Invaliden spricht. Es ist auch nicht zu verkennen, daß der Begriff des Kriegs-Invaliden oder des Kriegsbeschädigten, d. h. desjenigen, dessen Minderleistungsfähigkeit auf Kriegsschaden zurückzuführen ist, in der Nachkriegszeit seine besonders starke Prägung erhalten und eine besondere Bedeutung dadurch gewonnen hat, daß den Kriegsopfern im Staat und Betrieben besondere Fürsorge zuteil wird. Es finden sich deshalb im Arbeitsleben in zahlreichen Tarifbestimmungen besondere, lediglich die Kriegsbeschädigten betr. Bestimmungen; auch das SchwBeschG. hebt an verschiedenen Stellen die Kriegsbeschädigten besonders hervor. Im vorl. Falle handelt es sich um eine von der Regel, daß jedes Mitglied der Gefolgschaft den Tarifstundenlohn zu beanspruchen hat, abweichende Ausnahmebestimmung, die nach allgemeinen Grundsätzen eng auszulegen, jedenfalls nicht weiter auszudehnen ist, als sich ihr Anwendungsgebiet zweifelsfrei ergibt. Wenn deshalb in dieser Ausnahmebestimmung drei besondere Ursachen der Minderleistungsfähigkeit als Ausnahmefälle aufgezählt, dabei aber die Aufzählung der in der Nachkriegszeit besonders bedeutungsvoll gewordenen Kriegsbeschädigung als Ursache unterblieben ist, so muß angenommen werden, daß dasjenige Gefolgschaftsmitglied, das durch Kriegsschaden minderleistungsfähig geworden ist, der Ausnahmebestimmung nicht unterfällt, daß vielmehr unter einer auf Invalidität beruhenden Minderleistungsfähigkeit i. S. der Tarifbestimmung nur eine solche zu verstehen ist, die auf im natürlichen Verlaufe des Lebens eingetretener Krankheit oder Gebrechen, nicht aber auf Kriegsbeschädigung beruht. Daß der die gleiche Auslegung vertretenden eigenen Auskunft des Treuhänders der Arbeit der Wert einer für die Entsch. maßgeblichen Auslegung nicht beigelegt werden kann, hat das LArbG. bereits richtig bemerkt. Dazu hätte es der für die Tarifordnung selbst vorgeschriebenen Form bedurft. Sie kann nur als eine Bestätigung für die Richtigkeit der aus anderen Erwägungen gewonnenen Auslegung gewertet werden.

(RArbG., Urt. v. 21. Nov. 1936, RAG 162/36. — Frankfurt a. O.)

*

** **56.** § 1 ÖffArbOG. *Die Deutsche Arbeitsfront ist keine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Vorschriften des ÖffArbOG. sind deshalb auf sie nicht anzuwenden.*

Rechtsirrig ist die Annahme, daß die Arbeitsfront eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei. Unter einer solchen wird eine im öffentlichen Recht wurzelnde Körperschaft verstanden, die als Rechtspersönlichkeit vom Staate anerkannt ist. Das ist bei der bekl. Deutschen Arbeitsfront bisher nicht der Fall. Nach der im „Völkischen Beobachter Nr. 298 v. 25. Okt. 1934 und Nr. 317 v. 13. Nov. 1934 veröffentlichten VO. des Führers und Reichskanzlers v. 24. Okt und 11. Nov. 1934 ist die Arbeitsfront die Organisation der schaffenden Deutschen der Stirn und der Faust (§ 1 Abs. 1). Ihr Ziel ist die Bildung einer wirklichen Volks- und Leistungsgemeinschaft aller Deutschen (§ 2 Abs. 1). Die Führung der Deutschen Arbeitsfront hat die NSDAP. (§ 4 Abs. 1). Ihre Kassenführung untersteht der Kontrolle des Schatzmeisters der NSDAP. (§ 6). Nach § 3 VO. zur Durchführung des Ges. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 29. März 1935 (RGBl. I, 502), durch deren § 7 Abs. 2 der die Arbeitsfront als eine Gliederung der NSDAP. bezeichnende § 3 VO. v. 24. Okt. 1934 aufgehoben worden ist, ist die Arbeitsfront ein der NSDAP. angeschlossener Verband. Nach § 5 Abs. 1 dieser VO. können die angeschlossenen Verbände eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, nach Abs. 2 unterstehen sie der Finanzaufsicht des Reichsschatzmeisters der NSDAP. Im § 17 Abs. 1 der 1. AusfBest. zur vorbezeichneten VO. v. 29. April 1935 (RGBl. I, 583) werden die angeschlossenen Verbände als nationalsozialistische Gemeinschaften bezeichnet, die eigenes Vermögen besitzen; in § 18 dieser AusfBest. ist wiederholt, daß der Reichsschatzmeister der NSDAP. die Finanzaufsicht über sie ausübt, und im § 21 bestimmt, daß sie ebenso wie die Parteigenossenschaft und die Gliederungen der Partei dem jederzeitigen uneingeschränkten Revisionsrecht des Reichsschatzmeisters der NSDAP. unterstehen. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich über die Rechtspersönlichkeit der Bekl. nichts, eine Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist darin nicht enthalten, aus ihnen auch nicht mittelbar zu entnehmen. Es muß aber davon ausgegangen werden, daß, soweit nicht Körperschaften bereits vorher Körperschaften des öffentlichen Rechts waren, sie unter der Gesetzgebung des Dritten Reiches diese Eigenschaft, wenn sich solche aus der gesetzlichen Regelung nicht von selbst ergibt, nur durch staatliche Verleihung oder Anerkennung erwerben können, wie dies u. a. bei der NSDAP. durch das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016), bei dem Zweckverband Reichsparteitag Nürnberg durch das Ges. v. 29. Sept. 1935 (RGBl. I, 459), bei der Akademie für Deutsches Recht durch Ges. v. 11. Juli 1934 (RGBl. I, 605), ferner bei den Reichskulturkammern durch das Ges. v. 22. Sept. 1933 (RGBl. I, 661) i. Verb. m. der 1. DurchfVO. v. 1. Nov. 1933 (RGBl. I, 797), beim Deutschen Gemeindetag durch Ges. v. 15. Dez. 1933 (RGBl. I, 1065) und beim Reichsnährstand durch das Ges. v. 13. Sept. 1933 (RGBl. I, 626) i. Verb. mit der 1. VO. v. 8. Dez. 1933 (RGBl. I, 1060) der Fall gewesen ist. Wenn hiernach auch die Bekl. nach dem ihr durch § 2 VO. vom 24. Okt. und 11. Nov. 1934 gesteckten Ziel öffentliche Aufgaben zu erfüllen hat und diese die ihr außerdem obliegenden wirtschaftlichen Aufgaben überwiegen mögen, so fehlt ihr doch die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Ist aber die Bekl. keine Körperschaft des öffentlichen Rechts, so kann das ÖffArbOG. auf sie keine Anwendung finden. Im § 1 dieses Gesetzes sind unter a diejenigen Verwaltungen und unter b und c diejenigen Betriebe aufgeführt, die öffentliche Verwaltungen und Betriebe im Sinne des Gesetzes sind. Hiervon kommt für die Bekl. zunächst nur die Aufzählung unter a in Betracht, da es sich bei der Einrichtung der Bekl. nicht um einen Betrieb, sondern um eine Verwaltung im Sinne dieser Bestimmung handelt und von der Bekl. eingerichtete Betriebe nach b dem ÖffArbOG. nur dann unterliegen würden, wenn die Bekl. selbst als Verwaltung im Sinne der Aufzählung unter a anzusehen sein würde. Außer der Verwaltung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die, wie dargelegt, bei der Bekl. nicht vorliegt, kommen aber die übrigen unter a aufgeführten Verwaltungen für die Anwendung auf die Bekl. nicht in Frage. Soweit eine Verwaltung nicht unter diese Aufzählung fällt, kann sie nach § 1 Abs. 3 des Ges. vom RArbM. den im Abs. 1 bezeichneten öffentlichen Verwaltungen und Betrieben gleichgestellt werden. Schon mit Rücksicht auf diesen vom Gesetz vorgezeichneten Weg einer Erweiterung des Kreises der für das ÖffArbOG. in Betracht kommenden Verwaltungen muß eine diesen Weg nicht beachtende analoge Anwendung des Gesetzes auf andere nicht unter a fallende Verwaltungen als unzulässig bezeichnet werden.

(RArbG., Urt. v. 16. Dez. 1936, RAG 171/36. — Freiburg i. Br.)

*

****57.** **§ 48 BRÄndG. v. 30. Juni 1933. Das Gesetz ist auch auf Angestellte anzuwenden, die nach seinem Erlaß, aber vor Durchführung der Angleichungsmaßnahmen neu eingestellt sind.**

Unstreitig war der Kl. bei der bekl. Ortskrankenkasse als Angestellter beschäftigt; unstreitig unterstand er nicht der Dienstordnung, seine Bezüge waren auch nicht durch Tarifvertrag geregelt. Streitig ist nur, ob das Gesetz auf ihn Anwendung finden kann, obgleich er erst nach Erlaß des Gesetzes, auch nach Ablauf der im Gesetz für die Angleichung vorgesehenen spätesten Frist, eingestellt worden ist, nämlich erst im April 1934.

Wie schon in RArbG. 15, 307 hervorgehoben worden ist, läßt die dem BRÄndG. beigegebene, im RBesBl. 1933, 101 (106 ff.) abgedruckte Begründung keinen Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber nach vielfachen, nicht voll zum Ziel führenden Versuchen eine restlos durchgeführte Angleichung an die Bezüge der Reichsbeamten erreichen wollte. Die Fristbestimmung im § 48, nach der die notwendigen Maßnahmen bis spätestens Ende Dez. 1933 zu treffen waren, sollte nur eine beschleunigte Durchführung des Ges. gewährleisten, hatte aber nicht den Zweck, die Angleichung nur bis zu diesem Zeitpunkt zu gestatten. Der Gesetzgeber hat sicherlich mit der Möglichkeit gerechnet, daß die erforderlichen Maßnahmen in der gestellten Frist getroffen werden könnten. Dies ist jedoch nicht überall erreicht worden. Es mußten erst die Grundlagen für eine Angleichung geschaffen werden, nicht nur bei den Gehaltssätzen, sondern auch für Dienstalter u. a. Der Gesetzgeber mag nicht damit gerechnet haben, daß in der Zeit bis zu den im Ges. bestimmten Zeitpunkten auch Neueinstellungen erforderlich werden würden, zu einer Zeit, bis zu welcher die Grundsätze für die Angleichung noch nicht festgestellt werden konnten. Aus diesem Grunde mögen in dem Ges. ausdrückliche Bestimmungen dahin fehlen, daß auch nachträglich, bis zum Zeitpunkt der Durchführung des Ges. neu Eingestellte dem Ges. unterworfen sein sollen. Solche Personen auszunehmen, lag jedenfalls kein Grund vor. Sollte das Ges. den gewünschten Erfolg haben, mußte die Verpflichtung zur Angleichung für die Dauer bestehen und alle erfassen. Es wäre daher eine formale, den Zweck des Ges. verkennende und durch keine Bestimmung des Ges. gerechtfertigte Auslegung, wenn solchen in der Zwischenzeit bis zur Durchführung des Ges. eingestellten Personen Vorteile erhalten bleiben sollten, die das Ges. als ungerechtfertigt angesehen hat und die zunächst nur deswegen noch bewilligt worden waren, weil die Grundlagen für die Angleichung noch nicht vorhanden waren.

Die Anwendung des Ges. auf einen Angestellten, der nach dem Erlaß des Ges., aber vor Durchführung der Angleichungsmaßnahmen bei der betreffenden Behörde eingestellt ist, ist daher zutreffend vom BG. für gerechtfertigt erachtet worden. Wie es in Fällen zu halten wäre, in denen die Einstellung erst nach Durchführung der Angleichung erfolgt ist, bedarf hier keiner Untersuchung, da dieser Fall hier nicht gegeben ist.

(RArbG., Urt. v. 27. Jan. 1937, RAG 213/36. — Chemnitz.)

*

****58.** **§ 1 Abs. 1 und 2 Teil 4 Kap. V NotVO. v. 4. Sept. 1932 (RGBl. I, 431). Bindung der Gerichte an eine auf Grund dieser Vorschrift ergangene Anordnung der Reichsregierung zwecks Einschränkung der Personalausgaben bei subventionierten Unternehmungen.**

Die Auffassung des LArbG., es sei befugt, nachzuprüfen, ob die Kl. leitende Angestellte bei der Bekl. gewesen sei und der R.- und PrWiM. innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit gehandelt habe, wenn er die Herabsetzung des Gehalts der Kl. als einer leitenden Angestellten angeordnet habe, ist rechtsirrig.

Die im § 1 Abs. 1 Teil 4 Kap. V VO. zur Belebung der Wirtschaft v. 4. Sept. 1932 (RGBl. I, 431) der Reichsregierung erteilte Ermächtigung, hinsichtlich der Dienstbezüge allgemein oder im einzelnen Falle die dort vorgesehenen Anordnungen zu treffen, bezieht sich auf die Vorstandsmitglieder oder leitenden Angestellten von Unternehmen usw., die von Reich, Land oder Gemeinde eine finanzielle Beihilfe erhalten oder erhalten haben. Im § 1 Abs. 1 Ergänzungs- und DurchfVO. vom 27. Febr. 1933 (RGBl. I, 89) sind zwar unter a bis d Personen aufgeführt, die als Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte i. S. des vorerwähnten § 1 anzusehen sind; die Aufzählung ist aber keine erschöpfende, wie das Wort „insbesondere" deutlich zum Ausdruck bringt; im Abs. 2 ist weiter bestimmt, daß auch Angestellte, deren Jahresbezüge mindestens 12 000 *RM* betragen, dazu gehören sollen. Es ergibt sich daraus, daß alle Angestellten mit Jahresbezügen von mindestens 12 000 *RM* als leitende Angestellte i. S. des § 1 Kap. V Teil 4 VO. v. 4. Sept. 1932 zu gelten haben, daß aber, soweit die Jahresbezüge den Betrag von 12 000 *RM* nicht übersteigen, und soweit ein Angestellter nicht zu den im § 1 Abs. 1 unter a bis d aufgeführten Personen gehört, keine besonderen Bestimmungen darüber bestehen, wer als leitender Angestellter zu gelten hat, dies vielmehr der Entsch. im Einzelfalle überlassen ist.

Nach § 1 Abs. 2 Kap. V Teil 4 VO. v. 4. Sept. 1932 hat die nach Abs. 1 erlassene Anordnung die Wirkung, daß höhere Dienstbezüge, als sie nach der Anordnung zulässig sind, weder verlangt werden können noch gezahlt werden dürfen. Nach Satz 2 Abs. 2 sind die Gerichte nicht befugt, die Zulässigkeit der Anordnung nachzuprüfen. Das LArbG. hat angenommen, daß hiernach das Gericht zwar nicht nachprüfen könne, ob das Gehalt des Angestellten etwa tiefer herabgesetzt sei, als vergleichbare Leistungen in der Reichsverwaltung bezahlt würden, daß aber die Nachprüfung ob der Angestellte wirklich ein leitender Angestellter sei, der Nachprüfung des Gerichts nicht entzogen sei. Damit verkennt es die Tragweite der Bestimmung. Schon der Wortlaut spricht gegen die Auffassung des LArbG. Die Tatsache, daß nicht die Nachprüfung der Anordnung, sondern die Nachprüfung der Zulässigkeit der Anordnung dem Gericht entzogen ist, rechtfertigt den Schluß, daß nicht allein der Inhalt der Anordnung der Nachprüfung im Rechtsweg hat entzogen werden sollen, sondern darüber hinaus die Frage des Vorliegens der vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen der Anordnung und damit auch die Frage, ob ein Angestellter, gegen den sich die Anordnung im Einzelfalle richtet, ein leitender Angestellter i. S. der VO. ist. Daß diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, kann auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes entnommen werden. Die Bestimmung bezweckt die Einschränkung der Personalausgaben bei subventionierten Unternehmungen. Die äußerst schwierige wirtschaftliche Lage einer großen Reihe von Unternehmen brachte es mit sich, daß, sollte nicht ihr Zusammenbruch erfolgen, von Reich, Land oder Gemeinde finanzielle Beihilfe geleistet werden mußte. Um nun aber auch den beabsichtigten Erfolg der aus den Mitteln der Allgemeinheit zu leistenden finanziellen Beihilfen zu sichern, mußte die Reichsregierung darauf bedacht sein, einen maßgebenden Einfluß auf die Finanzgebarung der unterstützten Unternehmen und deshalb auch auf die Höhe ihrer Personalausgaben ausüben zu können. Aus diesem Grunde hat sie sich die ausschließliche Entsch. über die nach § 1 zu treffende Anordnung im weitesten Umfange vorbehalten. Es entspricht daher durchaus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, wenn die Reichsbehörde sich auch mit der Bestimmung des § 1 Abs. 2 Satz 2 VO. die Möglichkeit der Entsch. darüber vorbehalten hat, ob im Einzelfalle ein Angestellter als leitender Angestellter i. S. des § 1 Abs. 1 anzusehen ist. Muß hiernach angenommen werden, daß, sofern die Reichsbehörde im Einzelfalle darüber Entsch. getroffen hat, daß ein bestimmter Angestellter leitender Angestellter sei, die Nachprüfung auch dieser Frage durch den § 1 Abs. 2 Satz 2 der Nachprüfung des Gerichts entzogen sei, so handelt es sich dabei nicht, wie das LArbG. angenommen hat, um eine sog. extensive Auslegung der Bestimmung, sondern um eine Auslegung, die einerseits durch den Wortlaut der Bestimmung gedeckt wird, andererseits dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung entspricht.

Wenn im § 9 Ergänzungs- und DurchfVO. v. 27. Febr. 1933 unter f hervorgehoben ist, die Reichsregierung oder die von ihr ermächtigte Stelle treffe unter Ausschluß einer Nachprüfung durch die Gerichte die Entsch. darüber, wieweit die Dienstbezüge auf Grund des § 1 VO. herabzusetzen seien, so bedeutet das keine Einschränkung der sich aus dem Gesetze selbst ergebenden ausschließlichen Entscheidungsbefugnis. Der § 9 hat, wie in RArbG. 17, 213 (219 = JW. 1937, 340 [35] ausgeführt ist, nur den Zweck, den Ausschluß gerichtlicher Nachprüfung für bestimmte einzelne Vorfragen nochmals zu betonen, es hat aber damit nicht eine vom § 1 Abs. 2 Satz 2 VO. v. 4. Sept. 1932 abweichende Regelung der gerichtlichen Nachprüfung getroffen werden sollen.

(RArbG., Urt. v. 16. Jan. 1937, RAG 184/36. — Gleiwitz.)

*

** **59.** §§ 64 Abs. 1, 69 Abs. 3 ArbGG.; §§ 319, 321 ZPO. Die relative Berufungs- oder Revisionsfähigkeit kann nur im Urteil ausgesprochen werden. Fehlt der Ausspruch im Urteil, obwohl vor Urteilsverkündung ein entsprechender Beschluß gefaßt war, so ist Berichtigung möglich. Dagegen kann ein Ergänzungsverfahren nicht stattfinden.

Die Rev. ist unzulässig.

Da der Streitwert die Revisionssumme von 6000 RM nicht übersteigt, kann es sich nur fragen, ob die sogenannte relative Revisionsfähigkeit besteht, d. h. ob das BG. die Rev. wegen grundsätzlicher Bedeutung des Rechtsstreits „im Urteil" (§ 69 Abs. 3 ArbGG.) rechtswirksam zugelassen hat. Das ist zu verneinen.

Allerdings enthält die bei den Akten befindliche Ausfertigung des Urteils im entscheidenden Teile den Satz, daß die Rev. zugelassen werde. Im Sitzungsprotokoll heißt es aber: „Nach geheimer Beratung wurde das Urteil Bl. 63 verkündet. Nach der Verkündung des entscheidenden Teils des Urteils und nach Schluß der mündlichen Begründung beantragte der beklagtische Vertreter Zulassung der Rev. Es wurde daraufhin nach nochmaliger Beratung der entscheidende Teil des Urteils noch dahin ergänzt: Die Rev. wird zugelassen." In den Gründen des angefochtenen Urteils wird dazu ausgeführt, die Zulassung der Rev. sei bei der Schlußverhandlung nicht beantragt worden. Nachdem das Gericht den entscheidenden Teil des Urteils verkündet gehabt habe und mit der mündlichen Begründung des Urteils gerade zu Ende gekommen gewesen sei, habe der beklagtische Vertreter Zulassung der Rev. beantragt, da ein grundsätzliches Interesse an der Rev. bestehe. Das LArbG. habe dann nach kurzer Beratung die Rev. zugelassen.

Danach kann nicht zweifelhaft sein, daß die Urteilsverkündung bereits abgeschlossen war, als der Vertreter der Bekl. die Zulassung der Rev. beantragte. Aus den Feststellungen in der Sitzungsniederschrift, die anders keinen Sinn hätten und durch die Urteilsgründe erläutert und bestätigt werden, ergibt sich, daß die Verkündung des entscheidenden Teils des Urteils ohne die Zulassung der Rev. erfolgt ist. Aus dem Sitzungsprotokoll ergibt sich ferner, daß der Antrag auf Zulassung auch erst nach Schluß der mündlichen Urteilsbegründung gestellt worden ist. Danach muß angenommen werden, daß das Urteil verkündet worden ist, ohne daß die Zulässigkeit der Rev. beschlossen und in der Urteilsformel ausgesprochen worden war. Daraus folgt, daß der Antrag auf Zulassung der Rev. erst gestellt wurde, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden war. Im Gegensatz zu Urteilen der OLG. tritt bei Urteilen der LArbG. die Rechtskraft ohne weiteres mit der Verkündung ein, wenn sich aus dem Urteil nicht selbst die Revisionsfähigkeit ergibt. Diese Rechtslage ist vom Richter als Folge der vom Gesetzgeber bewußt an formale Voraussetzungen geknüpften Verfahrensregelung zu beachten, ohne daß die Frage nach einem unzeitgemäßen Formalismus aufgeworfen werden könnte. Abzulehnen ist hiernach auch die von der Rev. vorgetragene Auffassung, daß die Urteilsverkündung und der sich unmittelbar daran anschließende Antrag der Bekl. auf Zulassung der Rev. sowie die nachfolgende Beratung und Beschlußfassung des LArbG. einen unmittelbar zusammenhängenden einheitlichen Vorgang bildeten und demgemäß der der Urteilsverkündung nachfolgende Beschluß noch als ein Teil der Urteilsverkündung anzusehen sei. Denn durch die Urteilsverkündung ist eine im Gesetze vorgesehene rechtserhebliche Trennung der Vorgänge eingetreten, die eine solche einheitliche Betrachtungsweise ausschließt. Sie müßte überdies zu dem untragbaren Ergebnis führen, daß in Fällen, in denen im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung, aber immerhin nachträglich, der Antrag auf Zulassung der Rev. gestellt wird, entsprechend dem Ergänzungsbeschluß des LArbG. die Revisionsfähigkeit des Urteils begründet würde, während dann, wenn der Antrag erst einen oder wenige Tage später gestellt worden ist, ein solcher die Revisionsfähigkeit begründender Beschluß des LArbG. nicht mehr ergehen könnte. Ebenso wie im letzteren Fall muß die bereits eingetretene Rechtskraft des landesarbeitsgerichtlichen Urteils auch dem im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung nachträglich gestellten Antrag des unterlegenen Kl. oder Bekl. entgegenstehen. Eine ungleiche Behandlung dieser beiden Fälle erschiene willkürlich und läßt sich nicht rechtfertigen.

Aus dem Sitzungsprotokoll ergibt sich, daß das BG. einen Ergänzungsbeschluß (§ 321 ZPO.) im Auge gehabt hat. Das RArbG. hat bereits in RAG 3/36 v. 29. Febr. 1936: ArbRSamml. 26, 197 = JW. 1936, 2179 [74] ausgesprochen, daß es sich bei der Zulässigkeit der Rev. nicht um einen Haupt- oder Nebenanspruch der Partei, sondern um eine von Amts wegen zu treffende Bestimmung über die Ausdehnung des an sich beendeten Rechtszuges handele, und daß ein Ergänzungsbeschluß, der die Rev. nachträglich zulassen wolle, als ein im Gesetz nicht vorgesehener Eingriff in den Grundsatz der Rechtskraft von Urteilen verfahrensrechtlich unzulässig sei. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten.

Hiernach kann sich nur noch fragen, ob nicht ein zulässiger Berichtigungsbeschluß i. S. von § 319 ZPO. vorliegt. Eine solche Berichtigung setzt voraus, daß etwas nachträglich verlautbart werden soll, was vom Gericht zwar beschlossen war, aber in der mündlichen und schriftlichen Verlautbarung des Urteils versehentlich nicht oder unrichtig zum Ausdruck gekommen ist. § 319 ZPO. könnte daher für den nachträglich erlassenen Beschluß des LArbG. eine rechtliche Grundlage bilden, wenn das LArbG. etwa die Zulassung der Rev. bereits vor der Urteilsverkündung beschlossen gehabt hätte und der Satz über die Zulassung nur versehentlich im entscheidenden Teil des Urteils bei der Verkündung weggelassen worden wäre. Daß das hier zutreffen könnte, ist ausgeschlossen. Diese Ausführungen können in den Gründen des BU. nur dahin verstanden werden, daß die Bekl. bis zum Schluß der Urteilsverkündung in keiner Weise zu erkennen gegeben hatte, sie messe dem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung bei, und daß auch das LArbG. bis dahin eine solche Bedeutung des Rechtsstreits nicht angenommen hatte. Danach liegt der Fall wesentlich anders, als in RArbG. 1, 263 = JW. 1928, 1951 m. Anm.), wo der nachträgliche Beschluß über die Zulassung der Rev. „unbedenklich als Berichtigungsbeschluß i. S. des § 319 ZPO. angesehen werden konnte", durch den der „im Urteil offenbar versehentlich unterbliebene Ausspruch der Zulassung der Rev. nachgeholt" wurde. Daß jenes Urteil etwa hätte sagen wollen, die Nachholung der zunächst — versehentlich — unterbliebenen Stellungnahme zur Frage der Revisionszulassung sei schlechthin als „Berichtigungsbeschluß" i. S. des § 319 ZPO. anzusehen, davon kann keine Rede sein.

(RArbG., Urt. v. 9. Dez. 1936, RAG 147/36. — Darmstadt.)

---

## Landesarbeitsgerichte

**Berlin**

**60.** § 61 ArbGG. Der Umstand, daß die durch Beiordnung eines Rechtsanwalts entstehenden Kosten nicht erstattungsfähig sind, kann der Beiordnung des Pflegeranwalts als ArmAnw. nicht im Wege stehen.

Bei Erlaß des Beschl. v. 26. Jan. 1937 hatte die Kammer übersehen, daß die Ermächtigung, die Kl. im Rechtsstreit zu vertreten, dem RA. P. am 30. Nov. 1936 von der Deutschen Arbeitsfront erteilt worden war. Der Beschluß konnte deshalb nicht aufrechterhalten bleiben. Aus § 11 ArbGG. sind Bedenken gegen die Zulassung des RA. P. nicht herzuleiten. Er ist der Kl. als Pfleger bestellt, daher diejenige Person, die als ihr gesetzlicher Vertreter aufzutreten verpflichtet ist. Nach § 1835 BGB. ist er aber berechtigt, für sein Handeln Vorschuß zu verlangen. Da die Kl. arm und zur Zahlung des Vorschusses nicht in der Lage ist, bleibt, soll die Kl. nicht ohne Rechtsschutz bleiben, kein anderer Weg, als ihr den Pfleger im Armenrechtswege beizuordnen. Der Umstand, daß die durch die Beiordnung entstehenden Kosten nach § 61 ArbGG. nicht erstattungsfähig sind, kann der Beiordnung des Pflegers als ArmAnw. nicht im Wege stehen.

(LArbG. Berlin, 2. K., Beschl. v. 2. Febr. 1937, 102 Ta 6/37.)

*

**Bremen**

**61.** § 626 BGB. Ein Angestellter, dem Schmiergelder angeboten werden, ist gehalten, sofort unzweideutig abzulehnen und seinem Vorgesetzten Meldung zu machen. Andernfalls kann er fristlos entlassen werden, sofern nicht besondere Umstände eine mildere Beurteilung rechtfertigen. †)

Die Bekl. sieht die Berechtigung zur fristlosen Entlassung als gegeben an, weil der Kl. sich einer schweren Pflichtverletzung schon damit schuldig gemacht habe, daß er das Angebot des Zeugen A., ihm Schmiergelder zu zahlen, nicht klar und eindeutig abgelehnt habe; seine spätere Mitteilung des Angebots an seinen Vorgesetzten, den Zeugen W., könne ihn nicht entlasten.

Jeder Betrieb muß sauber aufgezogen und sauber geführt werden; dazu gehört, daß keine Schmiergelder angeboten und keine Schmiergelder angenommen werden; daß auch der Eindruck vermieden wird, als ob mit Schmiergeldern etwas zu machen sei. Das gilt für jeden Betrieb, für einen Betrieb der Rüstungsindustrie ganz besonders.

An dem Ziel, den Betrieb sauber zu halten, hat nicht nur die Betriebsleitung zu arbeiten, sondern auch jedes Gefolgschaftsmitglied, ein Gefolgschaftsmitglied in gehobener Stellung, wie der Kl., in ganz besonderem Maße.

Der Kl. erklärt, daß er von A. ein Schmiergeldangebot bekommen habe, es aber nicht angenommen, sondern abgelehnt habe, schließlich habe er, der Kl., gesagt, A. solle doch ruhig sein, darüber könnte man später reden. Darüber hinaus aus den Aussagen des sehr schwerhörigen Zeugen A. weiteres gegen den Kl. festzustellen, erscheint dem erkennenden Gericht nach dem Eindruck, den der Zeuge A. gemacht hat, bedenklich und nicht möglich, zumal er ein Interesse daran hat, sein Verhalten in milderem Lichte erscheinen zu lassen. Noch bei seiner Vernehmung erklärte A., man habe, wenn man früher hätte Arbeit haben wollen, immer schmieren müssen. So sei er dazu gekommen, dem Kl. das Angebot zu machen. Er habe sich nichts dabei gedacht. Er habe sich das erst nachher durch den Kopf gehen lassen. Der Zeuge A. hat übrigens auch erklärt, daß der Kl. ihm nicht direkt gesagt habe, daß er Geld haben wolle, er habe es ihm, A., aber zu verstehen gegeben. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß der Zeuge A. insoweit aus dem Verhalten des Kl. möglicherweise nicht die richtigen Schlüsse gezogen hat und sich irrt.

Es wäre nun auf alle Fälle Pflicht des Kl. gewesen, nachdem er die Absicht des Zeugen A. erkannt hatte, das Angebot A.s klar und eindeutig abzulehnen, das Gespräch abzubrechen und die Sache seinem Vorgesetzten anzuzeigen. Der Kl. durfte bei A. nicht den Eindruck erwecken, als ob er überhaupt gewillt wäre, auf dessen Angebot einzugehen; er mußte sofort Anzeige erstatten, damit nicht weitere Ungehörigkeiten sich ereignen konnten.

Mit seinem Verhalten gab der Kl. der Bekl. einen Grund, das Arbeitsverhältnis zu lösen.

Abweichend von dem Gericht des ersten Rechtszuges kommt das erkennende Gericht aber zu dem Ergebnis, daß damit unter den ganz besonderen Umständen des vorl. Falles nicht ein Grund gegeben ist, das Dienstverhältnis fristlos zu lösen.

Es kann dem Kl. nicht widerlegt werden, daß er innerlich von vornherein das Angebot des Zeugen A. ablehnen wollte und ablehnte, daß sein Verhalten und seine unklaren hinziehenden Ausdrücke nur einer Ungewandtheit entsprungen sind und das ihm, dem Kl., unbehagliche Gespräch beenden sollten.

Dann sollten sie nicht besagen, daß der Kl. auch nur für weitere Besprechungen über Schmiergelder zu haben sei.

Der Kl. hat dann auch, ehe das Verhalten des Zeugen A. ihm gegenüber anderweitig bei seinem Vorgesetzten bekanntgeworden war, den Vorfall seinem Vorgesetzten, dem Zeugen W., gemeldet. Dieser erfuhr so, daß A. dem Kl. Schmiergelder angeboten hatte. W. hat die Sache nicht sofort weiter gemeldet, sondern erst nach längerer Zeit; er erklärt, erst dann habe A. ihm alles erzählt. Er habe seiner Direktion erst Mitteilung gemacht, als alles spruchreif gewesen sei und er, W., die Unterlagen in Händen gehabt habe.

Wenn der Zeuge W. die erste Meldung des Kl. nicht unverzüglich weiter gegeben hat, so kann sich das nur daraus erklären, daß er die Sache nicht so schwer ansah, um sie gleich weiter zu leiten, trotzdem er wußte, daß A. dem Kl. Schmiergelder angeboten hatte. W. hat A. auch seine Arbeiten zu Ende führen lassen.

Unter diesen Umständen konnte der Bekl. zugemutet werden, das Dienstverhältnis mit dem Kl., den eine fristlose Entlassung sehr hart treffen würde, bis zum Ablauf der ordnungsmäßigen Kündigungsfrist fortzusetzen.

(LArbG. Bremen, Urt. v. 27. Nov. 1936, Sa 49/36.)

**Anmerkung:** Es wird häufig nicht unbedenklich sein, aus den Entscheidungsgründen eines Urteils, das sich mit dem „wichtigen Grund" zur Kündigung befaßt, allgemeine Richtlinien für die Beantwortung dieser Frage herauszulesen. Denn die praktische Erfahrung lehrt, daß die einzelnen Fälle von fristloser Entlassung in tatsächlicher Hinsicht immer wieder Abweichungen zeigen, die zu unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung führen müssen. Vielleicht unter dem Eindruck dieser Erfahrung hat der höchste Gerichtshof trotz gelegentlichen Widerspruchs von Seiten der Rechtslehre immer an der Auffassung festgehalten, daß die Frage, ob die Umstände des Einzelfalls einen wichtigen Grund zur Entlassung enthalten, im allgemeinen tatsächlicher Natur sei, und daß demnach in der Rev. nur nachzuprüfen sei, ob ein bestimmtes Handeln, ein bestimmtes Ereignis „an sich" einen wichtigen Grund abgeben könne (RG.: JW. 1919, 504[10] m. Anm. Titze; RGZ. 110, 297 = JW. 1925, 2434; ferner die Rspr. des RArbG. von Anfang an: RArbG. 1, 222 = JW. 1928, 1464 usw.).

Auch der Inhalt der vorl. Entsch. ist geeignet, uns vor Verallgemeinerungen in diesem Gebiete zu warnen. Das ArbG. hatte mit eingehender Begründung die fristlose Entlassung für gerechtfertigt erklärt, namentlich deshalb, weil der Kl. das bedenkliche Gespräch mit dem Zeugen A. mehrere Tage verschwiegen und erst dann, möglicherweise aus nicht ganz freier Ent-

schließung, Meldung gemacht habe; hierdurch habe er den schweren Verdacht auf sich geladen, daß er grundsätzlich dem Empfang von Schmiergeldern nicht abgeneigt sei; dieser Verdacht sei nicht beseitigt, und deshalb habe die Bekl. das Recht und im Volksinteresse sogar die Pflicht, den Kl. unverzüglich aus dem Betriebe zu entfernen, denn es fehle ihm die in einem Rüstungsbetriebe ganz unentbehrliche charakterliche Zuverlässigkeit. Das LArbG. dagegen hat, namentlich wohl unter Gesichtspunkten der Beweiswürdigung, den Vorgang milder beurteilt. Immerhin sind beide Entsch. um deswillen bemerkenswert, weil sie sich offenbar von einer vertieften Auffassung der Treupflicht im Arbeitsverhältnis und der Stellung des Betriebes zum Volksganzen leiten lassen und damit der Weiterentwicklung des Arbeitsrechtes i. S. der Grundsätze des ArbOG. zu dienen bestrebt sind.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

**Dortmund**

**62.** I. Die Anwendung ausländischen Rechts auf ein Vertragsverhältnis von Ausländern in Deutschland hängt ebenso wie die Anwendung deutschen Rechts auf ein Vertragsverhältnis von Deutschen im Ausland von dem ausdrücklich erklärten oder mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien ab. Ist ausländisches Recht anzuwenden, so ist deswegen allein die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht ausgeschlossen.

II. Wird auf einen bei einer russischen Firma in Deutschland angestellten russischen Staatsbürger seitens der Firma ein Druck dahin ausgeübt, russische Staatsanleihe zu zeichnen und die gezeichneten Beträge von seinem Gehalt abziehen zu lassen, so verstößt dies nach russischem Recht nicht gegen die guten Sitten. Das gleiche würde bei solcher Sachlage auch nach heutigen deutschen Rechtsgrundsätzen zu gelten haben.

Der Kl. (jüdischer Rasse) ist in Bessarabien geboren und hat von 1895 bis 1920 in Odessa gelebt. Bei einer dortigen Bank ist er nach der Machtergreifung durch die Sowjets zum staatlichen Kommissar bestellt worden. Im Jahre 1920 ist er Mitglied des Volkswirtschaftsrates und Leiter einer Bezirksstelle desselben gewesen. 1921 ist er nach Berlin gegangen und von 1925 ab bei russischen Handelsgesellschaften in Deutschland tätig gewesen, u. a. bei der Bekl.

Am 6. April 1927 ist ihm auf seinen Antrag das Bürgerrecht der UdSSR. verliehen worden.

Nach der Behauptung des Kl. sind ihm während seiner Tätigkeit bei der Bekl. Gehaltsbeträge zur Zeichnung von russischen Staatsanleihen einbehalten worden. Er verlangt Rückzahlung mit der Behauptung, daß die Einbehaltung dieser Beträge gegen die guten Sitten verstoßen hätte, da sie nur durch terroristische Maßnahmen, Drohung mit Entlassung, Gehaltssperre, öffentliche Anprangerung im Betriebe, durchgesetzt seien. Er habe sich immer dagegen gewehrt und sich schließlich nur „mit geballter Faust und zusammengebissenen Zähnen“ diese Maßnahmen gefallen lassen, um nicht erwerbslos zu werden.

Das ArbG. hat abgewiesen. Es hält die deutschen Gerichte zur Entscheidung nicht befugt. Auch sachlich sei der Anspruch nicht begründet. Es fehle jeder Anhalt, daß die Bekl. den Kl. zur Zeichnung der Anleihen gezwungen habe, sie habe auch nur auf Grund der vom Kl. unterschriebenen Zeichnung, also in seinem Auftrage, gehandelt. Die Berufung des Kl. ist zurückgewiesen.

Nach der herrschenden Meinung hängt die Anwendung von ausländischem Recht auf ein Vertragsverhältnis von Ausländern in Deutschland wie umgekehrt die Anwendung deutschen Rechts auf ein Vertragsverhältnis von Deutschen im Auslande davon ab, welchem Recht die Vertragsparteien sich nach ihrem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen unterwerfen wollen. Nicht entscheidend ist, wo das Vertragsverhältnis abgeschlossen wird. Ohne Bedeutung muß auch sein, ob die eine Partei in ihrer äußeren Form den Rechten des Aufenthaltsstaates entspricht, wenn die Gesellschafter oder die Kapitalbeteiligten ausschließlich demselben Staat wie die andere Vertragspartei angehören. Hat ein deutsches Unternehmen im Ausland eine Niederlassung gegründet und zu diesem Zweck sich der dort geltenden Gesellschaftsform bedient und hat sie in dieser Niederlassung Deutsche angestellt, sei es, daß sie diese Angestellten von Deutschland dorthin gesandt, oder mit dort sich aufhaltenden Deutschen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, so wird im allgemeinen die Vermutung dafür sprechen, daß auf dieses Arbeitsverhältnis deutsches Recht Anwendung finden soll, und es wird besonderer Umstände bedürfen, aus denen das Gegenteil geschlossen werden muß. Ebenso wird man auch im allgemeinen davon ausgehen können, daß, wenn ein ausländisches Unternehmen in Deutschland eine Niederlassung hat und dort Bürger ihres Staates anstellt, das ausländische Recht auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll, auch wenn die Niederlassung des ausländischen Unternehmens in der Form einer deutschen Handelsgesellschaft besteht und der Anstellungsvertrag in Deutschland geschlossen ist. Diese Vermutung muß bei den besonderen Rechtsverhältnissen und Grundsätzen, die in Rußland bestehen, um so mehr gelten, da ja die Unternehmen in Rußland reine Staatsunternehmen sind, ein privates Kapital es nicht gibt und auch der russische Sowjetstaat an seine Staatsbürger ganz besondere Anforderungen stellt. Da nun die Bekl. zur Zeit des Arbeitsverhältnisses des Kl. ein rein russisches Unternehmen war, das gesamte Gesellschaftskapital in den Händen eines russischen Staatsunternehmens sich befand, auch von den vier Vorstandsmitgliedern drei von dem russischen Staatsunternehmen gestellt und abgeordnet wurden, andererseits aber der Kl. nicht nur geborener Russe war, sondern ihm auf ausdrücklichen Wunsch noch das Sowjetbürgerrecht verliehen ist, er sich in seinen Bewerbungsschreiben immer darauf berufen hatte, daß er gern für Rußland tätig wäre, so kann nur angenommen werden, daß die Anwendung russischen Rechts über das Arbeitsverhältnis den mutmaßlichen Willen beider Parteien entsprach. Aus dem Anstellungsschreiben, das dem Kl. übersandt worden ist, folgt nicht das Gegenteil. Die Anwendung der deutschen Sprache ist unerheblich. Sonst ist in dem Anstellungsschreiben in keiner Weise darauf hingewiesen, daß deutsches Recht anzuwenden sei. Es wird im wesentlichen nur Gehalt und Kündigungsfrist festgelegt und auf die Verschwiegenheitspflicht hingewiesen. Alle drei Bestimmungen sind aber nicht besondere Merkmale des deutschen Rechts, sondern finden sich auch in zahlreichen anderen ausländischen Rechten. Daß diese Bestimmungen mit dem russischen Recht im Widerspruch stehen, ist nicht dargetan. Auch aus der Verpflichtungserklärung hinsichtlich der Schweigepflicht, die der Kl. unterschrieben hat, ergibt sich dies nicht. Denn wenn darin auf das deutsche UrlWG. hingewiesen ist, so ist dies daraus erklärlich, daß in Deutschland eine Bestrafung nur nach deutschem Recht, nicht nach ausländischem Recht erfolgen kann. Daraus folgt nicht ohne weiteres, daß im übrigen, namentlich in privatrechtlicher Hinsicht, ebenfalls deutsches Recht gelten soll.

Es ist also davon auszugehen, daß auf das Vertragsverhältnis des Kl. russisches Recht anzuwenden ist. Daraus folgt allerdings nicht ohne weiteres, daß über Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis nur russische Gerichte entscheiden sollen. Es ist durchaus möglich, daß auch von deutschen Gerichten russisches Recht angewendet wird, und es entspricht nicht ohne weiteres dem mutmaßlichen Willen eines in Deutschland lebenden russischen Angestellten, daß er Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber nur in Rußland geltend machen will, da solcher Geltendmachung häufig Schwierigkeiten entgegenstehen. Es müssen also besondere Umstände oder besondere Vereinbarungen vorliegen, die die Zuständigkeit der deutschen Gerichte ausschließen. Ob dies im vorliegenden Falle anzunehmen ist, kann zweifelhaft sein. Es bedarf indessen

einer Entscheidung dieser Frage nicht, da die Klage aus sachlichen Gründen keinen Erfolg haben kann.

Die Ansprüche des Kl. sind darauf gestützt, daß die Vertreter der Bekl. ihn durch widerrechtlichen Druck veranlaßt hätten, russische Staatsanleihen zu zeichnen und sich mit der Abführung der gezeichneten Beträge nach Rußland einverstanden zu erklären, oder gar, daß diese Beträge ohne weiteres von seinem Gehalt einbehalten worden seien. Das Verhalten der Bekl. verstoße gegen die guten Sitten. Im einzelnen hat der Kl. nicht dargelegt, von wem und in welcher Weise dieser unzulässige Druck ausgeübt sei. Es bedarf indessen einer Beweisaufnahme in dieser Hinsicht nicht. Denn, selbst wenn man unterstellt, daß die drei russischen Vorstandsmitglieder auf ihn zwecks Zeichnung der russischen Staatsanleihen eingewirkt, ihm gegenüber erwähnt haben, wenn er nichts zeichne, könne er nicht länger bei der Gesellschaft bleiben oder ähnlich, und selbst wenn sie geduldet haben, daß die Namen der Angestellten, die nicht oder nicht genügend gezeichnet hatten, am Schwarzen Brett bekanntgemacht wurden, so kann darin, vom russischen Recht aus gesehen, ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht erblickt werden. Der Kl. war russischer Staatsbürger, ihm war dieses Bürgerrecht i. J. 1927 auf seinen besonderen Antrag verliehen worden. Er ist früher auch in verantwortlichen Staatsstellen der Sowjetrepubliken tätig gewesen. Er hatte deshalb auch alle russischen Staatsbürgerpflichten zu erfüllen, vor allem, wenn er weiter bei russischen Gesellschaften tätig sein wollte. Er hatte sich insbesondere auch an den Zeichnungen von russischen Staatsanleihen zu beteiligen, wenn diese gerade für russische Arbeiter und Angestellte bestimmt waren. Es kann nicht als unsittlicher Zwang angesehen werden, wenn die von russischen Staatsunternehmen bestellten Vorstandsmitglieder darauf hinwirkten, daß die von ihrem Staat gewünschten Zeichnungen erfolgten. Die verantwortlichen Vertreter eines im Auslande befindlichen Unternehmens, dessen Kapital ganz in Händen einer russischen Staatsgesellschaft ist, erfüllen nur ihre Staatsbürgerpflicht, wenn sie den bei ihrem Unternehmen angestellten Staatsangehörigen zur Erfüllung seiner Staatsbürgerpflicht anhalten. Eine unzulässige Drohung oder Zwang ist es nicht, wenn der Betreffende darauf hingewiesen wird, er könne nicht mehr in dem Unternehmen tätig sein, falls er sich seinen Pflichten entziehe. Die Klage ist daher schon aus diesem Grunde nicht begründet, und es bedarf keines Eingehens darauf, ob die Rückerstattung der Beträge überhaupt von der Bekl. verlangt werden kann, da sie die Beträge nur auf ausdrückliche Anweisung des Kl. abgeführt und nicht erhalten hat.

Die Klage würde auch dann nicht begründet sein, wenn man annehmen wollte, daß auf das Arbeitsverhältnis des Kl. deutsches Recht anzuwenden wäre. Denn für die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten gegen die guten Sitten verstößt, muß immer entscheidend sein, daß der Kl. russischer Staatsbürger war und von ihm nur etwas verlangt worden ist, was der russische Staat allgemein von seinen Bürgern erwartete. Auch von unserem heutigen Rechtsdenken aus kann es nicht als unsittlich angesehen werden, wenn das Mitglied einer Gemeinschaft, das sich seinen Pflichten aus der Gemeinschaft entziehen will, zur Erfüllung dieser Gemeinschaftspflichten angehalten und darauf hingewiesen wird, daß es nicht mehr in einem Betrieb oder Unternehmen tätig sein kann, das im wesentlichen Zwecken der Gemeinschaft dient. Auch wenn also deutsches Recht anzuwenden wäre, so könnte es doch nicht als unsittlich angesehen werden, daß dem Kl. von der Bekl. die entsprechenden Teile seines Einkommens abgehalten und für ihn zwecks Zeichnung von Staatsanleihen nach Rußland abgeführt worden sind, oder auf ihn von russischen Vorstandsmitgliedern ein Druck ausgeübt worden ist, Staatsanleihen zu zeichnen und sich mit der Einbehaltung der gezeichneten Beträge von seinem Gehalt und der Abführung nach Rußland einverstanden zu erklären.

LArbG. Dortmund, Urt. v. 18. Dez. 1936, 12 Sa 127/36.)

*

**Duisburg**

**63.** §§ 193, 621 BGB. Im Falle des § 621 BGB. kann, wenn der 15. des Monats auf einen Sonntag fällt, auch noch an dem folgenden Werktage gekündigt werden.†)

Die Kl. war als Halbtagsmädchen bei dem Bekl. Sie wohnte zu Hause und wurde nur werktags beschäftigt.

Über die Kündigung war eine Vereinbarung nicht getroffen. Am 16. Dez. 1935 kündigte der Bekl. der Kl. zum 31. Dez. 1935.

Die Kl. ist der Auffassung, die Kündigung hätte spätestens am 15. Dez. erfolgen müssen, obwohl der 15. Dez. ein Sonntag war, an dem sie bei der Bekl. nicht beschäftigt wurde. Sie hat den Lohn für Jan. 1936 begehrt.

Das ArbG. hat die Klage abgewiesen, jedoch die Ber. zugelassen. Es hat auf Grund der Auffassung des RArbG. im Urt. v. 5. März 1930, RAG 473/29 = JW. 1930, 3154 = ArbRSamml. 8, 448 und des Urt. des RArbG. vom 10. Juli 1930, RAG 56/29: ArbRSamml. 6, 351, daß, falls mit Monatsfrist zum Schlusse des Kalendermonats zu kündigen sei, und der letzte Tag des vorhergehenden Monats ein Sonntag sei, noch am folgenden Werktag gekündigt werden könne, ausgeführt, daß grundsätzlich der § 193 BGB. auch bei Kündigung eines Dienstverhältnisses für die Kündigungsfrist Anwendung finden müsse.

Das LArbG. hat die Ber. zurückgewiesen und ausgeführt:

Es kann dahingestellt bleiben, ob der § 193 BGB. grundsätzlich auch auf Kündigungsfristen anzuwenden ist, jedenfalls hat er im Falle des § 621 Abs. 3 BGB., auf Grund dessen im vorliegenden Falle die Kündigung ausgesprochen ist, Anwendung zu finden. Dort ist ausdrücklich bestimmt, daß die Kündigung spätestens am 15. eines Monats zu erfolgen habe. Es ist hier also ein Tag bestimmt, an welchem der Kündigungsberechtigte noch die Kündigung aussprechen darf. Wie das RArbG. in der erwähnten Entsch. v. 10. Juli 1929 richtig darlegt, ist die Streitfrage, ob der Wortlaut des § 193 a. a. O. nur die auf Grund einer besonderen Rechtspflicht oder auch die ohne eine solche zur Erhaltung eines Rechts oder zur Vermeidung eines Rechtsnachteiles innerhalb einer bestimmten Frist abzugebende Willenserklärung umfaßt, im letzteren Sinne zu entscheiden. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn es sich nicht um eine innerhalb einer bestimmten Frist abzugebenden Willenserklärung, sondern um eine an einem bestimmten Tage abzugebende Willenserklärung handelt, da im § 193 a. a. O. beide Fälle gleichgestellt sind. Gemäß § 621 Abs. 3 BGB. ist aber die noch am 15. eines Monats ausgesprochene Kündigung geeignet, das Vertragsverhältnis zum Schlusse des Kalendermonats zu lösen. Der § 193 BGB. findet daher seinem Wortlaut gemäß auf die Ausübung des Kündigungsrechts auf Grund des § 621 Abs. 3 BGB. Anwendung. Daß aber auch die Anwendung der im gleichen Gesetzbuch enthaltenen Bestimmung des § 193 BGB. auf § 621 Abs. 3 BGB. dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist aus dem vorangehenden Absatz des § 621 Abs. 3 BGB. zu entnehmen, wo bestimmt ist, daß, falls die Vergütung nach Wochen bemessen ist, die zum Schlusse der Kalenderwoche zulässige Kündigung spätestens am ersten Werktag zu erfolgen hat. Es darf also nach dieser ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, falls etwa Weihnachten auf Montag und Dienstag fällt, noch am Mittwoch zum Samstag gekündigt werden. Die Belange der Heiligung der Sonn- und Feiertage stellt das Gesetz demnach den Belangen voran, die der Empfänger einer Kündigungserklärung an der frühzeitigen Kenntnis von der durch die Kündigung ausgelösten Endigung seines Vertragsverhältnisses hat.

Bei der Fassung des § 621 Abs. 3 BGB. kann demnach dahingestellt bleiben, ob auch, wo sonst im Gesetz oder auch in Verträgen lediglich von einer Kündigungsfrist die Rede ist, ohne daß der letzte Tag, an dem die Kündigung zulässig ist, besonders hervorgehoben ist, der § 193 BGB. die Ver-

kürzung der Kündigungsfrist zuläßt, wenn der letzte Tag vor Ablauf der Frist ein Sonntag war.

Der Bekl. hat demnach der Kl. am 16. Dez. 1935 noch kündigen können, da der 15. Dez. 1935 ein Sonntag war.

(LArbG. Duisburg, Urt. v. 12. März 1936, 13 Sa 25/36.)

**Anmerkung:** Der vorstehenden Entsch. ist in Ergebnis und Begründung zuzustimmen. Allein aus dem Wortlaut der §§ 193, 621 BGB. folgt mit hinreichender Klarheit, daß im Falle des § 621 Abs. 3 BGB. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses an dem ersten Werktag nach dem auf einen Sonntag fallenden 15. eines Monats ohne Rechtsnachteil für den Kündigenden erfolgen kann.

Wendet man aber den § 193 BGB. auf die Fälle an, in denen die Kündigung spätestens an einem bestimmten Tage vorzunehmen ist, so kann man seine Anwendung bei den Kündigungen nicht versagen, die innerhalb einer bestimmten Frist zu erklären sind (zweite Alternative des § 193 BGB.). Es ist kein Grund dafür gegeben, hinsichtlich der verschiedenen Kündigungsvorschriften Unterschiede von derart erheblicher Tragweite zu machen. Schon der Wortlaut der in Frage stehenden Vorschriften läßt nicht erkennen, daß eine unterschiedliche Behandlung gewollt ist. Vor allem aber der Sinn spricht für eine gleichartige Wertung der Kündigungsvorschriften. Es ist nicht möglich, bei einem bestimmten Kreis von Verträgen mangels einer besonderen Regelung den Vertragsparteien ungeschmälert die Kündigungsfrist zuzubilligen, bei einem anderen Kreis dagegen, und dazu noch bei dem, in dem ohnehin kürzere Kündigungsfristen vorgesehen sind, dagegen die Wirksamkeit der Kündigung an dem dem Sonn- oder Feiertage folgenden Tage zuzulassen. (Näheres hierzu H. Bertermann: DArbR. 1936, 341 ff.)

Die gegenteilige Ansicht, nach der die Anwendung des § 193 BGB. bei der Kündigung von Dienstverträgen schlechthin verneint wird, hat unzweifelhaft noch viele und namhafte Anhänger (Hueck-Nipperdey, „Lehrbuch des Arbeitsrechts" Bd. 1 S. 266); es werden auch immer wieder Entsch. bekannt, in denen sich die Gerichte der Ansicht Huecks anschließen (LArbG. Leipzig v. 16. April 1934, Arb D 15/34; LArbG. München v. 8. Aug. 1935, Sa 52/35). Das RArbG. hat dagegen in ständiger Rspr. die Anwendung des § 193 BGB. auf alle Kündigungen bejaht (v. 10. Juli 1929: ArbRSamml. 6, 349 ff.; v. 30. März 1930: ArbRSamml. 5, 448; v. 18. Jan. 1936, 258/35 = JW. 1936, 1244 [37]).

Dr. jur. Helmuth Bertermann, Essen-Duisburg.

*

**Gleiwitz**

**64.** § 91 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Reisekosten eines beim RArbG. auftretenden auswärtigen Rechtsanwalts.

Die in Groß-Strelitz ansässige Bekl. verlangt im Festsetzungsverfahren die Erstattung von Reisekosten, welche dadurch entstanden sind, daß sie beim RArbG. sich durch einen Berliner Anwalt hat vertreten lassen. Das ArbG. hat die Kosten abgesetzt, weil es eine Erstattung für unzulässig hält auf Grund von § 20 Abs. 5 RAO. i. d. Fass. v. 13. Dez. 1935, und weil es meint, die Vertretung durch einen Berliner Anwalt sei nicht erforderlich, die Kosten also nicht notwendig gewesen.

Beide Begründungen gehen fehl. Der Begriff der „Zulassung" ist scharf zu unterscheiden von dem der „Befugnis, aufzutreten". Der von der Bekl. beauftragte Anwalt ist zugelassen beim KG. in Berlin, aber nicht in Leipzig, trotzdem kann er vor dem RArbG. auftreten auf Grund der Sondervorschrift des § 11 ArbGG. Zugelassen ist er beim RG. oder RArbG. nicht, deshalb findet § 20 Abs. 5 RAO. hier keine Anwendung. Diese Bestimmung hat den Fall im Auge, daß beispielsweise ein Anwalt aus Carlsruhe (O.-S.) beim LG. in Oppeln zugelassen ist und dort auftritt. Er kann Reisekosten nach Oppeln nicht fordern. Ein gesetzliches Verbot, wie das des § 20 Abs. 5 RAO. besteht also im vorliegenden Falle nicht.

Gewiß war es nicht notwendig, einen Berliner Anwalt mit der Vertretung zu beauftragen, denn etwaige besondere Qualifikation ist noch kein hinreichender Grund, gerade diesen Anwalt auszuwählen, wie das ArbG. richtig hervorhebt. Allein nach ausdrücklicher Vorschrift des § 11 ArbGG. können vor dem RArbG. alle auswärtigen Anwälte auftreten, der Gesetzgeber hat also ganz bewußt das Auftreten nicht auf die beim RG. zugelassenen Anwälte beschränkt. Auf eine solche Beschränkung würde es aber praktisch hinauslaufen, wenn man der Partei nur die Kosten des Anwalts ohne Reisekosten nach Leipzig erstatten wollte. Die gesetzgeberischen Gründe, warum man i. J. 1927 dieses Auftreten von auswärtigen Anwälten vor dem RArbG. zuließ, sind nebensächlich; jedenfalls hat man auch nach dem Umbruch und nach Fortfall der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände keine Änderung eintreten lassen, obwohl der § 11 ArbGG. geändert worden ist.

Ob nun aber ein Anwalt aus Berlin, Breslau oder Groß-Strelitz nach Leipzig fuhr, ist gleich, die Reise von Berlin ist sogar näher wie die von Breslau. Es handelt sich um schwierige Rechtsfragen grundsätzlicher Art. Wenn ein Vertreter der Bekl. von Groß-Strelitz nach Leipzig gefahren wäre (rund 460 km), dann wäre das nicht billiger gewesen, als wenn der über die einschlägigen Fragen informierte Berliner Anwalt von Berlin nach Leipzig fuhr (165 km). Eine Informationsreise würde man der Bekl. aber zubilligen müssen. Es wären also in jedem Falle Kosten in ungefähr gleicher Höhe entstanden, und nur darauf kommt es an.

(LArbG. Gleiwitz, Beschl. v. 4. Febr. 1937, 9 Ta 1/37.)

*

**Koblenz**

**65.** § 157 BGB. Grundsätze für die Auslegung unklarer Vertragsbestimmungen, insbes. bei dem Versprechen künftiger Erhöhung der Dienstbezüge. †)

Der Rechtsvorgänger des Kl., Karl T., war in der Zeit vom 1. April 1931 bis 1. März 1936 in dem Speditionsgeschäft des Bekl. als Prokurist tätig. Die Anstellung erfolgte auf Grund Vertrages vom 24. Febr. 1931, in welchem dem T. ein monatliches Gehalt von 300 *RM* zugesichert wurde. § 2 des Vertrages enthielt die Bestimmung: „Nach einjähriger Tätigkeit soll das Gehalt bei zufriedenstellenden Leistungen eventuell erhöht werden."

Vom 1. Okt. 1935 ab wurde das Gehalt des T. auf 400 *RM* erhöht.

Der Kl. erhob nach Beendigung des Dienstverhältnisses des T. Klage mit der Begründung, der Bekl. sei nach dem Vertrage verpflichtet gewesen, das Gehalt des T., der ihm seine Ansprüche abgetreten habe, zumindest vom 1. März 1933 ab angemessen zu erhöhen. Die Klage wurde in zwei Rechtszügen abgewiesen.

Der Anspruch des Kl. ist auf § 2 des Anstellungsvertrages gestützt, der nach einjähriger Tätigkeit des T. bei zufriedenstellenden Leistungen eine eventuelle Gehaltserhöhung vorsieht.

Diese Fassung ist unklar und läßt nach ihrem Wortlaut einen bestimmten Anhaltspunkt nicht erkennen, unter welchen Voraussetzungen eine Gehaltserhöhung gefordert werden kann. Es handelt sich aber schon mit Rücksicht auf die festgelegte lange Dienstvertragsdauer von fünf Jahren nicht, wie das ArbG. annimmt, um eine völlig unverbindliche Inaussichtstellung einer Gehaltserhöhung. Es sollte nach dem Willen der Vertragsparteien die Gehaltserhöhung, mag sie sich der Bekl. auch als „eventuell" vorbehalten haben, jedenfalls nicht dem Gutdünken und der Willkür des Bekl. überlassen bleiben. Vielmehr soll nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung dem T. eine Gehaltserhöhung für den Fall zustehen, daß sie durch dessen Leistungen verdient, im Fall des Aufstiegs des Geschäftsbetriebs der Bekl. finanziell tragbar und nach der allgemeinen Entwicklung der Gehälter auf dem Arbeitsmarkt der Billigkeit entspricht. Es würde bei Zutreffen dieser Voraussetzungen nicht

der Vertragstreue entsprechen, wenn der Bekl. dem Kl. eine Gehaltserhöhung vorenthalten würde, nachdem er durch die Bestimmung des § 2 sich dessen Arbeitskraft auf fünf Jahre gesichert hätte. Unter Zugrundelegung dieser Bedeutung des § 2 kann T. aber nicht vor der bewilligten Gehaltserhöhung von 100 RM im Jahre 1935 höhere Gehaltsansprüche für die Zeit vom 1. April 1933 an erheben. Im Laufe des Jahres 1931 war eine allgemeine Senkung der Gehälter der Beamten und Angestellten erfolgt. Der Bekl. hat trotzdem das für den damals noch nicht 20jährigen T. außerordentlich günstige Nettogehalt von 300 RM nicht herabgesetzt, wozu bei der damaligen Geschäftslage vielleicht Anlaß gewesen wäre. Jedenfalls kam die vorgesehene eventuelle Gehaltserhöhung nach Jahresfrist nicht in Frage. Mag auch T., was der Bekl. bestreitet, sich im Geschäfte bewährt haben, so war doch die Geschäftslage in den weiteren Jahren bis 1935 nach den Bilanzen nicht derart, daß eine Erhöhung seines bereits hohen Gehalts i. S. des § 2 des Vertrages gefordert werden könnte. Auch die allgemeine Wirtschaftslage war bis dahin nicht derart, daß nach Treu und Glauben T. die ihm eventuell in Aussicht gestellte Gehaltserhöhung fordern könnte. Als dann im Jahre 1935 ein erheblicher Reingewinn erzielt wurde und es sich zeigte, daß das Geschäft in stetiger Aufwärtsentwicklung begriffen war, ist der Bekl. mit der Erhöhung des Gehalts des T. um 100 RM jedenfalls seiner Verpflichtung aus § 2 des Anstellungsvertrages voll nachgekommen. Erst zu diesem Zeitpunkt, wo eine Gehaltserhöhung unter Berücksichtigung aller Umstände erstmalig gerecht und billig erscheinen mußte, ist dem T. aus dem durch den Vertrag begründeten Anwartschaftsrecht ein voller Leistungsanspruch und dem Bekl. eine rechtliche Verpflichtung erwachsen.

Der Bekl. wäre seiner Vertragsverpflichtung nach der Ansicht des Gerichts bereits nachgekommen, wenn er das Gehalt des T. von 300 auf 350 RM netto statt auf 400 RM erhöht hätte.

(LArbG. Koblenz, Urt. v. 16. Okt. 1936, Sa 25/36.)

**Anmerkung:** Die Entsch. ist in grundsätzlicher Beziehung bemerkenswert.

Die Parteien hatten in den Anstellungsvertrag die Bestimmung aufgenommen, daß nach einjähriger Tätigkeit das Gehalt des Angestellten „bei zufriedenstellenden Leistungen eventuell erhöht werden" sollte. An diese Vereinbarung hatte das ArbG. einen wohl allzu starren Maßstab angelegt; es war davon ausgegangen, daß dadurch „kein klagbarer Anspruch auf eine Gehaltserhöhung begründet, eine solche vielmehr lediglich unverbindlicherweise in Aussicht gestellt wurde", d. h. also daß die Parteien insoweit gar nichts vereinbart hätten. Demgegenüber kommt das LArbG. der Wahrheit wesentlich näher, wenn es trotz der unklaren Fassung dieses Vertragspunktes (oder vielleicht gerade wegen derselben) der Frage nachgeht, was die Parteien damit gewollt haben, und wenn es hierbei Sinn und Zweck der Bestimmung im Hinblick auf den sonstigen Vertragsinhalt sowie auf die allgemeine Wirtschaftslage, die besondere Lage des Unternehmens und die Leistungen des Angestellten zu klären sucht, um schließlich festzustellen, was „unter Berücksichtigung aller Umstände gerecht und billig" ist.

Was in dem vorl. Fall gerecht und billig ist, steht freilich nicht im Gesetz und kann nicht im Gesetz stehen. Das zu finden ist Aufgabe des Richters. Denn es gibt keine „Rechtssicherheit" in dem Sinne, daß die Entsch. jedes denkbaren Einzelfalls unmittelbar dem Gesetz entnommen werden könnte — so wie es etwa auf Grund der friderizianischen Staatsauffassung den Schöpfern des PrALR. vorschwebte. Gerade das vorl. Beispiel zeigt, wie das Gesetz vielfach nur Wegweiser sein kann, und wie dann erst der Spruch des Richters „lebendiges" Recht schafft, d. h. das den einzelnen Lebensvorgang ordnende Recht verwirklicht. Die echte Rechtssicherheit wird nicht durch Paragraphen gewährleistet, sondern durch Wissen und Lebenserfahrung des Richters, durch das Rechtsgefühl, das ihm im Blute liegt, und durch das Verantwortungsbewußtsein, das sein Amt ihm gibt.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

## Arbeitsgerichte

### Duisburg

**66.** §§ 157, 242 BGB.; § 32 ArbOG. Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Geltendmachung unverzichtbarer Tarifansprüche. †)

Die Unabdingbarkeit der Tarifordnung ist eine zwingend rechtliche Schutzvorschrift. Der Berufung auf sie kann keineswegs mit der Einrede der Arglist begegnet werden, weil die Rechtswirksamkeit der Tarifordnung von vornherein bei jeder Eingehung eines unter die einschlägige Tarifordnung fallenden Arbeitsverhältnisses dem beiderseitigen Parteiwillen entzogen ist, soweit dieser nicht eine übertarifliche Entlohnung zum Gegenstand hat.

(ArbG. Duisburg, Urt. v. 26. Okt. 1936, 2 Ca 415/36.)

**Anmerkung:** Der Entsch. kann nicht zugestimmt werden. In der Versagung der Einrede der Arglist gegenüber Tariflohnansprüchen liegt eine Wertung, die weder im Wesen die Einrede der Arglist noch in dem Wesen der Tarifnormen ihre Berechtigung findet.

Die Einrede der Arglist ist nach durchaus h. M. (Enneccerus, „Lehrb. 1", § 208 Anm. 10; Staudinger-Werner zu § 242 III 2 Abs. 2; RGZ. 75, 342 = JW. 1911, 442; RGZ. 86, 192 = JW. 1915, 391; RGZ. 90, 64 und 216) als allgemeine Einrede der Arglist gegeben gegen zweifelsfrei bestehende Ansprüche, sei es, daß sie aus Vertrag oder aus Gesetz hergeleitet sind. Sie richtet sich in diesen Fällen nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern gegen seine Realisierung. Die Anerkennung der Einrede führt somit zur Vernichtung formal begründeter Rechte. Ihr Sinn liegt darin, zu verhindern, daß der äußere Schein des Rechts, die Legalität, der Buchstabe des Gesetzes zum Vorwand materiellen Unrechts mißbraucht wird; es soll unterbunden werden, daß das „Recht" durch buchstäbliche abstrakte Auslegung im Einzelfalle in Widerspruch zu der Gerechtigkeit tritt (RGZ. 100, 131 = JW. 1920, 961).

Auch das Verhalten eines Gefolgschaftsmitgliedes, das einen Anspruch auf die Tarifordnung stützt, kann mit seinem früheren Verhalten in unlösbarem Widerspruch stehen; auch bei dem Geltendmachen von Tarifansprüchen kann sich aus der Sachlage ergeben, daß das Gefolgschaftsmitglied aus seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten Vorteile ziehen, oder eine von ihm selbst, wenn auch unbeabsichtigt, zuungunsten des Unternehmers geschaffene Rechtslage im Rahmen eines Vertrages zu dessen Nachteil ausbeuten will. — Aus den vorstehenden Ausführungen unter besonderer Berücksichtigung der Anerkennung der Einrede der Arglist gegen gesetzliche Ansprüche (RG.: Recht 1913 Nr. 2346; 1920 Nr. 2807), folgt, daß es mit der Rechtsnatur und dem Sinn der Einrede der Arglist durchaus vereinbar ist, sie auch gegen tarifliche Ansprüche anzuwenden.

Die tariflichen Normen sind ebenfalls nicht geeignet, ihrem Sinn und Zweck entsprechend, die Einrede der Arglist von vornherein auszuschließen. Die Bestimmungen der Tarifordnung haben materiellrechtlich gesetzesähnlichen Charakter. Darin erschöpft sich ihre Bedeutung; ihnen ist nicht eine noch stärkere Bedeutung und Wirkung als dem Gesetze selbst beizumessen. In demselben Umfange, wie dem gesetzlichen Anspruch, kann somit auch dem tariflichen Anspruch die Einrede der Arglist entgegengehalten werden.

In diesem Sinne hat auch das RArbG. die Einrede der Arglist anerkannt. Es hat ausgeführt, daß die Einrede der Arglist immer dann durchgreift, wenn das gegenwärtige Verhalten des Gefolgschaftsmitgliedes mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt, wenn insbes. die Geltendmachung eines Anspruchs im Hinblick auf das bisherige Verhalten des Gefolgschaftsmitgliedes so sehr dem gesunden Volksempfinden widerspricht, daß die Ausübung des Rechtes unzu-

lässig ist und es nicht angängig erscheint, der Geltendmachung des Anspruchs den Rechtsschutz zu gewähren (RArbG. v. 18. März 1936, 265/35: JW. 1936, 2425 ff.; RArbG. v. 8. Juli 1936, 15/36; RArbG. v. 16. Sept. 1936, 84/36 = JW. 1937, 58 [51]). Wann die besonderen Umstände vorliegen, die als grober Sittenverstoß des den Tariflohn fordernden Gefolgschaftsmitgliedes zu werten sind, ist Tatfrage (s. darüber Oppermann: JW. 1936, 2426). — Immerhin läßt das RArbG. keinen Zweifel darüber, daß die Einrede der Arglist auch gegenüber Tariflohnansprüchen Platz greifen kann.

Dr. Helmuth Bertermann, Essen-Duisburg.

*

**67.** § 123 Ziff. 8 GewO.

1. Für die Beurteilung der Unfähigkeit eines Gefolgschaftsmitgliedes zur Arbeit ist der Zeitpunkt der Arbeitsaufgabe maßgebend.

2. Unter besonderen Umständen stellt auch schon eine kurze Arbeitsunterbrechung eine verhältnismäßig erhebliche Behinderung dar. †)

Der Kl. war von März 1936 bis 20. Okt. 1936 bei der Bekl. als Matrose tätig. Am 20. Okt. 1936 wurde er in M. in Polizeihaft genommen, weil er abfällige Bemerkungen über die letzte Reichstagswahl gemacht haben sollte. Am 23. Okt. 1936 wurde er wieder auf freien Fuß gesetzt. Er hat sich darauf sogleich bei der M.er Niederlassung der Bekl. zur Arbeitsaufnahme gemeldet, hier jedoch nach Rückfrage bei dem Stammhause der Bekl. die Mitteilung erhalten, daß er fristlos entlassen sei.

Der Kl. hält die fristlose Entlassung nicht für berechtigt.

Das Gericht hat die fristlose Entlassung nach § 25 BinnSchG. i. Verb. m. § 123 Ziff. 8 GewO. für zulässig erklärt. — Infolge der Inhaftierung des Kl. ist dieser an der Fortsetzung der Dienste verhindert gewesen. Ob die Verhaftung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt war, ist unerheblich. Maßgebend ist allein die Tatsache, daß der Kl. infolge der Verhaftung nicht in der Lage war, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen, insbes. bei der Abfahrt des Schiffes nicht zugegen sein konnte. Mit Rücksicht auf die in der Rheinschiffahrt geltenden Bemannungsvorschriften und ferner, weil die Bekl. nicht wissen konnte, wie lange die Dienstbehinderung dauern würde, war sie genötigt, an Stelle des Kl. sogleich einen anderen Matrosen anzunehmen.

Die fristlose Entlassung ist allerdings erst ausgesprochen worden, als der Kl. sich wieder zur Arbeitsaufnahme zurückgemeldet hatte. Sie konnte jedoch nicht früher erfolgen, da Aufenthalt und Anschrift des Kl. nicht bekannt war. Unter den gegebenen Umständen konnte die Kündigung daher auch noch in dem Zeitpunkt der Beendigung der Arbeitsbehinderung erfolgen und wirksam werden.

Da der Bekl. nicht zugemutet werden konnte, auf die Freilassung des Kl. und damit auf seine Rückkunft zu warten, ist unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse die Arbeitsbehinderung nicht als verhältnismäßig kurz anzusehen. Der Kl. war zur Fortsetzung der Arbeit unfähig und damit seine fristlose Entlassung berechtigt.

(ArbG. Duisburg, Urt. v. 18. Jan. 1937, 2 Ca 486/36.)

**Anmerkung:** Nach § 123 Ziff. 8 GewO. ist die fristlose Entlassung immer dann zulässig, wenn das Gefolgschaftsmitglied unfähig zur Fortsetzung der Arbeit ist, also durch irgendeinen außerhalb des Willens liegenden Umstand gehindert wird, die bereits begonnene Arbeit fortzusetzen. Als typische Beispiele nennen Landmann-Rohmer („GewO.", 7. Aufl., § 123 Anm. 11) die Arbeitsunfähigkeit durch Unfall, Erkrankung oder infolge Antretens einer Freiheitsstrafe. Es ist anerkannten Rechts (Landmann-Rohmer a. a. O.), daß der § 123 Ziff. 8 GewO. nicht bei leichteren Körperverletzungen und Erkrankungen oder bei verhältnismäßig nicht erheblicher Behinderung i. S. des § 616 BGB. angewendet werden kann (LG. III Berlin: GewKfmG. 16, 409).

1. Die Prüfung der Frage, wann eine verhältnismäßig nicht erhebliche Behinderung vorliegt, verlangt in jedem Falle zunächst die Klarstellung, nach welchen Gesichtspunkten die Untersuchung vorzunehmen ist, vor allem welcher Zeitpunkt für die Beurteilung in Betracht kommt. Das ArbG. Duisburg hat in der vorstehenden Entsch. zutreffend festgestellt, daß für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 123 Ziff. 8 GewO., also insbes. die Frage der verhältnismäßig erheblichen Behinderung allein der Zeitpunkt der Arbeitsaufgabe und die zu dieser Zeit bekannten Umstände maßgebend sind. Kann somit der Unternehmer auf Grund der Verhältnisse annehmen, daß die Unfähigkeit zur Fortsetzung der Arbeit längere Zeit besteht, so ist die fristlose Entlassung berechtigt, ohne daß es darauf ankommt, ob tatsächlich eine längere Behinderung stattfindet. Sofern die Entlassung nicht dem Gefolgschaftsmitglied sogleich nach dem Beginn der Arbeitsbehinderung übermittelt werden kann, ist es zulässig, die Entlassung später vorzunehmen, und zwar selbst dann, wenn die Behinderung an sich nicht mehr besteht.

2. Auch der Begriff „verhältnismäßig erhebliche Behinderung" selbst erfährt durch die vorstehende Entsch. eine weitere Auslegung. Das ArbG. Duisburg bestimmt, daß in den Fällen, in denen bei Ausfall eines Gefolgschaftsmitgliedes die Neubesetzung seiner Stelle aus betrieblichen Gründen alsbald erfolgen muß, dem Unternehmer nicht zuzumuten ist, den Arbeitsplatz für das zur Arbeit unfähige Gefolgschaftsmitglied frei zu halten. Aus dieser beifallswerten Feststellung folgt, daß unter besonderen Umständen eine absolut kurze Unfähigkeit zur Arbeit eine relativ erhebliche Behinderung darstellen und demzufolge schon eine kurzfristige Arbeitsunterbrechung die fristlose Entlassung nach § 123 Ziff. 8 GewO. rechtfertigen kann.

Dr. jur. Helmuth Bertermann, Essen/Duisburg.

*

**Hindenburg**

**68.** § 276 ZPO. Ist der Rechtsstreit von dem unzuständigen AG. an das ArbG. verwiesen, dann gehören die Kosten des Rechtsanwalts, der den Bekl. vor dem AG. vertreten hat, zu den „Mehrkosten" i. S. des § 276 ZPO. Diese Kosten hat der Kl. dem Bekl. zu erstatten.

Auf die Bestimmung des § 61 ArbGG., wonach die Erstattung der Kosten eines Prozeßbevollmächtigten nicht in Frage kommt, kann sich der Kl. nicht berufen. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Prozeßbevollmächtigten, die vor dem ArbG. die Partei vertreten. Hier aber war der Bekl. nicht vor dem ArbG., sondern vor dem unzuständigen AG. durch einen Rechtsanwalt vertreten. Ist ein Rechtsstreit von dem ordentlichen Gericht an das ArbG. verwiesen, so gilt für die im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht entstandenen Parteikosten nicht die Beschränkung des § 61 ArbGG.; es gilt vielmehr § 91 ZPO. (Dersch-Volkmar zu § 61 ArbGG., Anm. 3; Jonas zu § 91 X 1).

Nach dem Urteilsspruch hat der Kl. die durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts entstandenen Mehrkosten zu tragen. Zu diesen Mehrkosten gehören die Kosten des Prozeßbevollmächtigten des Bekl.

Hätte der Kl. ordnungsgemäß die Klage von vornherein beim ArbG. erhoben, dann wären dem Bekl. die Kosten eines Rechtsanwalts nicht entstanden; denn nach § 11 ArbGG. ist vor dem ArbG. die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nur in den dort aufgeführten Ausnahmefällen möglich. Hier aber konnte sich der Bekl. vor dem ArbG. nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, da die Voraussetzungen für die Zulassung eines Rechtsanwalts nach § 11 ArbGG. und den dazu ergangenen Richtlinien nicht vorlagen. Hätte also der Kl. den Rechtsstreit von vornherein beim ArbG. anhängig gemacht, dann wären dem Bekl. die Kosten des Rechtsanwalts nicht entstanden.

Die Kosten, die dem Bekl. durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Vertretung vor dem AG. entstanden sind, sind also „Mehrkosten", die ihm durch das unrichtige Verhalten des Kl. bei der Erhebung der Klage erwachsen sind.

(ArbG. Hindenburg, Beschl. v. 30. Jan. 1937, 2 Ca 258/36.)

*

**69.** Die Kosten des Prozeßbevollmächtigten des vor dem ArbG. obsiegenden Kl. können auch dann nicht als erstattungsfähig festgesetzt werden, wenn der Rechtsstreit zunächst vor dem AG. geschwebt hat und erst später zuständigkeitshalber an das ArbG. verwiesen worden ist.

Der Rechtsstreit wurde, nachdem er zunächst beim AG. anhängig war, später an das ArbG. zuständigkeitshalber verwiesen. Sowohl vor dem AG. wie vor dem ArbG. waren beide Parteien durch Rechtsanwälte vertreten.

Auf Antrag des obsiegenden Kl. hat der UrkB. die Kosten des Prozeßbevollmächtigten des Kl. als erstattungsfähig festgesetzt.

Die Erinnerung des Bekl. ist begründet.

Die Auffassung des Bekl., daß die Festsetzung der Anwaltskosten deswegen nicht erfolgen könne, weil § 61 ArbGG. die Erstattung der Kosten eines Prozeßbevollmächtigten vor dem ArbG. verbietet, ist zwar unzutreffend, denn § 61 betrifft lediglich das vor dem ArbG. stattfindende Verfahren, nicht aber auch die vor der Verweisung des Rechtsstreits vor dem ordentlichen Gericht bereits entstandenen Kosten. Zu diesen letzteren gehören gemäß § 91 Abs. 2 ZPO. auch die Anwaltskosten (vgl. LArbG. Altona: JW. 1928, 1167).

Nach § 276 ZPO., der gemäß § 48 ArbGG. auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommt, trägt der Kl. unter allen Umständen, die durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts entstandenen Mehrkosten. Seinem Wortlaut nach kommt allerdings § 276 ZPO. hier nicht zur Anwendung. Im vorl. Fall kann man nicht sagen, daß die Kosten des Prozeßbevollmächtigten Mehrkosten sind, die durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts entstanden sind. Da der Kl., wie übrigens auch der Bekl., auch vor dem ArbG. durch einen Rechtsanwalt vertreten sein konnte und vertreten war, wären die Kosten des Rechtsanwalts in jedem Falle, also auch dann entstanden, wenn der Kl. seine Klage ordnungsgemäß sofort beim ArbG. anhängig gemacht hätte.

Wenn auch § 61 ArbGG. und § 276 ZPO. nicht unmittelbar zur Begründung der Erinnerung herangezogen werden können, so erscheint die Erinnerung doch nach Sinn und Inhalt des § 276 ZPO. gerechtfertigt. § 276 ZPO. bezweckt, den Bekl. von allen den Kosten freizustellen, die durch die falsche Klagerhebung als Mehrkosten entstehen; der unterlegene Bekl. soll nur soviel Kosten tragen, als er bei richtiger Klagerhebung zu tragen hätte. Geht man hiervon aus, dann hat der Bekl. dem Kl. nur die Kosten zu erstatten, die er ihm zu erstatten hätte, wenn der Rechtsstreit von vornherein beim ArbG. anhängig gewesen wäre. Hätte der Kl. aber seine Klage sofort beim ArbG. anhängig gemacht, dann hätte er die Kosten seines Rechtsanwalts wegen § 61 ArbGG. vom Bekl. nicht erstattet verlangen können. Er darf sie also auch nach der Verweisung des Rechtsstreits vom AG. an das ArbG. nicht zur Festsetzung anmelden.

Würde man die Anwaltskosten des Kl. als erstattungsfähig ansehen, wenn der Rechtsstreit zunächst beim AG. und dann später beim ArbG. geschwebt hat, dann würde man im Ergebnis den Kl. wegen seiner falschen Prozeßführung besser stellen. Er würde lediglich deshalb, weil er zunächst das unzuständige Gericht angerufen hat, die Kosten seiner Vertretung ganz oder mindestens teilweise vom Bekl. erstattet verlangen können, während er dies bei richtiger Klagerhebung nicht gekonnt hätte. Dies aber widerspricht dem Sinn der Vorschrift des § 276 ZPO.).

(ArbG. Hindenburg, Beschl. v. 10. März 1937, 2 Ca 270/36.)

*

**70.** 1. Unter „Mehrarbeit" i. S. der Tarifordnung für die in Gaststätten beschäftigten Musiker in Schlesien ist die über sieben Stunden hinausgehende Arbeitszeit anzusehen.

2. Der Zuschlag für den Notensteller ist von dem tatsächlich unter Berücksichtigung der Arbeitszeit verdienten Lohn zu errechnen.

Nach der Tarifordnung vom 5. Sept. 1935 (Tar. Reg. Nr. 1021/1) stehen den Kl. als Mindestsätze des Monatsgehalts zu „bei einer Arbeitszeit bis zu sieben Stunden täglich" im Monatsdurchschnitt in Ortsklasse 1 240 RM.

Die Ansicht der Bekl., daß mit diesem Gehalt auch die Arbeitszeit von acht Stunden abgegolten sein soll, findet in der Tarifordnung keine Stütze. In der Tarifordnung (§ 4) sind die Monatsgehälter abgestuft nach der täglich im Monatsdurchschnitt zu leistenden Arbeitszeit, und zwar sind nach der Tabelle Gehälter festgesetzt für eine Arbeitszeit von vier Stunden, fünf Stunden, bis zu sechs Stunden und „bis zu sieben Stunden". Wenn in Abs. 2 ausdrücklich hervorgehoben ist, daß jede weitere Stunde über die regelmäßig zu leistende Arbeitszeit besonders zu bezahlen ist, so kann dies in diesem Zusammenhang nur bedeuten, daß als Mehrarbeit jede über die sieben Stunden hinausgehende Stunde anzusehen ist. Der Treuhänder sieht die 240 RM Monatsgehalt als Mindestlohn nur für eine Arbeitszeit von höchstens sieben Stunden an und verlangt, daß die darüber hinausgehende Arbeitszeit besonders zu vergüten ist. Mit dieser Ansicht steht § 6 Abs. 1 der Tarifordnung nicht im Widerspruch. In dieser Bestimmung ist lediglich die Frage der täglich höchstzulässigen Arbeitszeit geregelt und bestimmt, daß sie acht Stunden grundsätzlich nicht überschreiten darf. Wie die Arbeitszeit zu bezahlen ist, das regelt nicht § 6, sondern § 4. Hätte der Treuhänder, wie die Bekl. meint, das Gehalt von 240 RM auch für eine achtstündige Arbeitszeit als genügend angesehen, dann hätte er dies ausdrücklich hervorgehoben.

Die Arbeitszeit der Kl. war auf täglich 8 3/4 Stunden vereinbart, und zwar dergestalt, daß der Nachmittagsdienst vom Abenddienst durch zwei Stunden Pause unterbrochen war. Es handelt sich hier also um eine „getrennte" Arbeitszeit i. S. des § 6 Abs. 3 der Tarifordnung. Unter Arbeitszeit ist die während des ganzen Tages zu leistende Arbeit zu verstehen.

Die während des Abenddienstes vereinbarten Pausen von 30 und 20 Minuten sind bei der getrennten Arbeitszeit nicht als Arbeit mitzuzählen. Die Bekl. hat der Bestimmung des § 6 Abs. 3 durch die zweistündige Unterbrechung Genüge geleistet. § 6 Abs. 4 über die Pausen bei zusammenhängender Arbeitszeit kommt hier nicht zur Anwendung.

Der Zuschlag von 10% für das Notenstellen ist nicht, wie die Bekl. meint, von dem in der Tarifordnung für eine siebenstündige Arbeitszeit festgesetzten Mindestgehalt von 240 RM zu errechnen, sondern von dem tatsächlich nach der Tarifordnung unter Berücksichtigung der Arbeitszeit verdienten Mindestlohn. Es ist nicht einzusehen, warum die 10% nur von 240 RM berechnet werden sollen, die doch nur der Mindestlohn für eine siebenstündige Arbeitszeit sind. Unter „Mindestsatz" i. S. des § 4 letzter Absatz versteht das Gericht den tatsächlich unter Berücksichtigung der Tarifordnung verdienten Lohn.

(ArbG. Hindenburg, Urt. v. 11. Aug. 1936, 2 Ca 173/36.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 1. Vj. 37: 20158. — Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.